



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

WIDENER LIBRARY



HX GFEI R

AH 7203.14



Harvard College Library

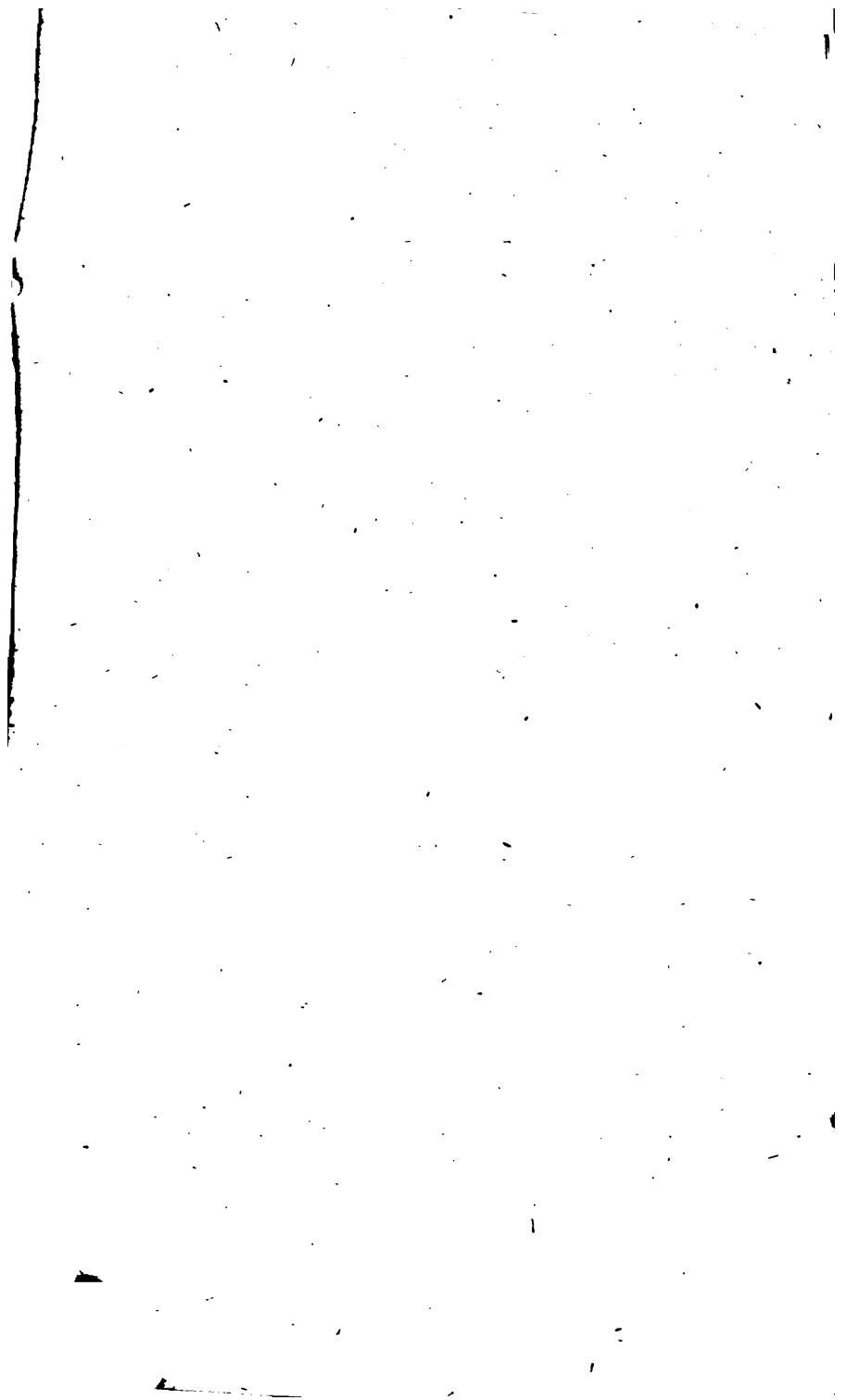
FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.



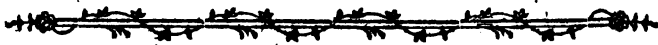
Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierzehnten Theils erste Abtheilung.



Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1813.

~~VI. 9255~~

AH 7203.141

Harvard College Library.

27 June 1891.

from the Library of

Prof. E. W. GURNEY.

Lib. XIII. Tit. VII.
De pigneratitia actione.

§. 861.

Begriff von *pignus* und *hypotheca*. Unterschied zwischen beyden.

Der dritte Realcontract ist der Pfandcontract (*contractus pigneratitius*), welcher das Unterscheidende hat, daß er ein bloß accessorischer Contract ist, der dazu dient, eine schon vorhandene Verbindlichkeit zu verstärken, so daß der Gläubiger wegen ihrer Erfüllung mehr gesichert ist. Er wird auch *pignus* schlechtweg genannt. Man verbindet aber mit dem Worte Pfand, *pignus*, bekanntlich einen dreyfachen Begriff. Es wird nämlich I) für Pfandrecht genommen, und dann versteht man darunter ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern dergestalt zusteht, daß er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, an die Sache halten, und durch Veräußerung derselben aus ihrem Erlöse sich bezahlt machen kann¹⁾. II) Für den Gegenstand desselben

1) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben die Lehre vom Pfandrechte vorzüglich Hug. DONELLUS, Franc. BALDUINUS, MERCUR. MERLINUS, Gab. MUDAKUS, Reinh. SACHOVIVS und Ant. NEGUSANTIUS in ihren Werken de pignoribus et hypothecis abgehandelt; unter den neuern ist Ernst CHRIS. WESSELSACKS Erläut. d. Pand. 14. Th. X phals

desselben, oder die verpfändete Sache selbst, welche man das Pfandstück nennt. Erhält der Gläubiger zugleich den Besitz der Sache, so ist dieß ein *pignus* im eigentlichen Sinn, und wird bey beweglichen Sachen ein handhabendes Pfand, oder Pfandrecht, oder auch ein Faustpfand, bey unbeweglichen Gütern hingegen ein Unterpand oder Unterpfandrech genennt. Wird aber die Sache ohne Uebergabe verpfändet, so heißt dies eine Hypothek, oder Pfandverschreibung, und dieses Wort nicht ebenfalls sowohl für das Recht selbst, als für den Gegenstand desselben genommen. Ulpian sagt *L. 9. §. 9. D. de pignori act.* *Proprie pignus dicitur, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem;* und Florentinus bemerkt *L. 35. §. 1. D. eodem.* *PIGNUS, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.* Der Unterschied besteht also darin. a) Eine Hypothek wird durch den bloßen Vertrag, ein

phals Versuch einer systematischen Erläuterung des sämmtlichen Römi. Gesetze vom Pfandrech. Leipzig 1770. und und 1794. die beste Schrift. Man verbinde jedoch noch damit *In. Hour. Christ.* ERLEBEN. *Principia de iure pignorum, et hypothecarum.* Goett. 1779. 8.

- a) In der *L. 238. §. 2. D. de Verb. Signif.* wird das Wort *pignus* von *pignus* abgeleitet, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Allein Andere wollen das Wort *pignus* vielmehr von dem alten Worte *pago* oder *pigo* herleiten, welches soviel als *iungo* oder *figo* oder *obligo* heißt. S. MENAGIUS *Amoenitat. iuris civ. cap. 39.* VOSSIUS in *Etymolog. v. Pignus*, und Ant. SCHULTING *Thef. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. 65. §. 1.*

Es ist Pfand aber durch Uebergabe der verpfändeten Sache bestellt. Hierher gehört §. 7. I. de action. wo es heißt: PIGNORIS appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quae sine traditione nuda conventionione tenetur, proprie HYPOTHECAE appellatione contineri dicimus. Diesem ist die L. 1. D. h. t. nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, et si non traditum sit; so wird hier das Wort *pignus* für Pfandrechtf im allgemeinen Sinn genommen ³⁾. b) Das *pignus* im eigentlichen Sinn giebt dem Gläubiger ein Retentionsrecht, welches er nicht nur wegen der Pfandschuld selbst, sondern auch wegen anderer Forderungen geltend machen kann, wofür das Pfand nicht gegeben ward ⁴⁾, vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Besiß des Pfandes von dem Schuldner selbst durch Vertrag erhielt ⁵⁾. Ein solches Retentionsrecht ist hingegen bey einer Hypothek undenkbar, weil sie mit keinem Besiß verbunden ist. c)

A 2

Zum

3) S. Ant. FABRI Rational. in Pandect. ad L. 1. D. h. t. de COCCYI Ius civ. contrav. h. t. Qu 3. et KAMMERHAUS ad Eundem not. **.

4) L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. S. WITZE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem, quam ob diversa debita. Rostochii 1780. §. 13. Io. Ant. Thilemann de SCHENK Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. Bremae 1730. und Sam. Frid. WILLENBERG Diss. de retentione pignoris. §. 14. in eius Exercitation. Sabbathic. P. II. Ne. XXXIV.

5) S. Joh. Christ. von QUISTORP rechtliche Bemerkungen 1. Th. Dem. 10.

Zum Pfande können ferner nur gegenwärtige Sachen gegeben werden. Allein eine Hypothek kann auch künftige Sachen zum Gegenstande haben. *L. 15. pr. D. de pign. et hypoth.* sagt: *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata.* d) Gewöhnlich besteht ein *Pignus* in beweglichen, eine Hypothek aber in unbeweglichen Sachen⁶⁾. Es ist jedoch dieser Unterschied nicht wesentlich. Denn so wie nach klaren Gesetzen auch unbewegliche Sachen zu einem Unterpfande eingeräumt werden können⁷⁾; so können im Gegentheil bewegliche Sachen auch zur Hypothek verschrieben werden⁸⁾. In Absicht auf das dingliche Recht hingegen, und die daraus entspringende hypothekarische Klage ist zwischen *pignus* und *hypo-*

6) *L. 238. §. 2. D. de Verb. Signif. §. 7. 1. de action. C. Reink. BACHOVII Tract. de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 1. und WALCH Intoduct. in Controv. iuris civ. pag. 417.*

7) *L. II. §. 1. L. 31. D. de pignor. L. 16. §. 2. D. de pigner. act. L. 9. D. de oper. novi nunciar.*

8) *L. 34. D. de pignor. C. Io. Aug. HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium. Jenae 1743. Cap. 3. und HYPFUERS Commentar über die Institutionen §. 712.* Im Zweifel wird jedoch das auf beweglichen Sachen des Schuldners bestellte Pfandrecht eher für ein handhabendes Pfand, als für eine Hypothek gehalten. Daher werden auch dem Gläubiger an den ihm von dem Schuldner zur Sicherheit seiner Forderung übergebenen Schuldscheinen eines Dritten die Rechte eines handhabenden Pfandes ohne Bedenken eingeräumt, weil nach gemeinen Rechten ausgeliehene Capitalien als bewegliche Sachen des Schuldners betrachtet werden. *C. von QUISTORP rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 42.*

hypotheca kein Unterschied ⁹⁾). Blos in dieser Beziehung sagt Marcian L. 5. §. 1. *D. de pign. et hypoth.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt, wie nicht nur aus der Inscription der angeführten L. 5. *de pign. et hypoth.* erhellet, welche so lautet: MARCIANUS libro *singulari ad formulam hypothecariam* ¹⁰⁾; sondern auch in einer Stelle der Institutionen §. 7. *IV. 6. de actionib.* ausdrücklich gesagt wird, wo es heißt: Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum ad actionem *hypothecariam* attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Ein Faustpfand hat daher nach gemeinem Rechte vor der Hypothek keinen Vorzug ¹¹⁾). Jedoch bee-

A 3

grün

9) Daher werden die Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* in den Gesetzen zuweilen als gleichbedeutend genommen. So wird die Hypothek *pignus* genannt L. 17. §. 2. *D. de pactis* und wiederum das *pignus* Hypothek L. 5. §. ult. *D. de pignor.* S. novarum Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. Auch die hypothekarische Klage wird deswegen nicht selten in dem Gesetze *actio pigneratitia* genannt. L. 47. *D. de pigner. act.* L. 3. §. 3. *D. ad exhib.* L. 7. §. 12. *D. Communi divid.* L. 19. L. 30. §. 1. *D. de except. rei iud.* L. 5. *Cod. Si res aliena pignori.* S. BRISSONII de Verb. Significat. voc. *Pigneratitius*. nr. 5. und ZACHENBERG de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 1. pag. 2.

10) S. VOST Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXV. §. 3. und besonders Bern. HENR. REINOLDI Oratio de inscriptionibus Legum Digestorum et Cod. §. 10. in *Opuscul. iurid.* p. 574. sqq.

11) L. 12. pr. et §. 10. *D. Qui potiores in pignore.* S. LEYER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII. medit. 1.

gründet es eine persönliche Klage auf zurückgabe des Pfandes nach geschetzener Befriedigung des Gläubigers, welche bey der Hypothek, deren Besitz bey dem Schuldner bleibt, undenkbar ist ¹²⁾).

§. 862.

Pfand-Contract. Contractus fiducia; pactum hypothecae.

Unter *pignus* wird auch III. der Pfandcontract verstanden, welches derjenige Realkontract ist, wodurch dem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung mit der Bedingung übergeben wird, daß er sie nach erhaltener Befriedigung wieder zurückgebe. Davon unterschieden ist der Hypothekvertrag (*pactum hypothecae*), wodurch dem Gläubiger blos ein dingliches Sicherheitsrecht auf des Schuldners Gütern ertheilt wird, ohne ihm den Besitz derselben einzuräumen. Dieser ist ein prätorischer Vertrag, woraus jedoch der Prätor eine dingliche Klage (*actio hypothecaria*) giebt. Allein der Pfandcontract verdankt dem Civilrecht seinen Ursprung, und war schon seit den ältesten Zeiten der Römer verbindlich. Denn wahrscheinlich handelte die letzte der zwölf Tafeln von demselben ¹³⁾). Es werden aber dadurch nur persönliche Verbindlichkeiten unter den Contrahenten begründet, auf deren Erfüllung mit der *actio pignoratitia* geklagt werden kann. Hier ist nicht davon die Rede, daß der Gläubiger auch wirklich immer ein

12) Man sehe überhaupt *Iust. Henn. BOEHMERI* Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure. *Halae* 1718. et in *Exercitar. ad Pandect.* Tom III. pag. 802. sqq.

13) *S. Jac. GOTHOFREDI* Quatuor fontes iuris civ. pag. 157. nach der Senfer Ausgabe vom Jahr 1653. und im *Thef. Otton.* Tom. III. pag. 139.

ein Pfandrecht erhalte ¹⁴⁾. Denn es kann auch eine fremde Sache zum Pfande gegeben werden. Die Verbindlichkeit unter den Contrahenten ist hier begründet, wenn eine Sache dem Gläubiger zum Pfande gegeben worden ist, sie sey eine eigene Sache des Schuldners, oder eine fremde Sache. Es zeigt sich hierin ein wichtiger Unterschied zwischen der actio pigneratitia und der actio hypothecaria. Letztere setzt immer ein gültiges Pfandrecht voraus ¹⁵⁾. Denn sie ist eine dingliche Klage, die gegen jeden Besitzer des Pfandes Statt hat. Allein die actio pigneratitia ist eine bloß persönliche Klage, welche nur unter den Contrahenten Statt findet. Hier verbindet schon der Contract den Gläubiger (re obligatur), das Pfand, nach erhaltener Bezahlung, zurückzugeben, wenn es auch dem Schuldner nicht gehört ¹⁶⁾. Allein wenn der Gläubiger sein Sicherheitsrecht gegen den dritten Pfandinhaber geltend machen will, so muß er beweisen können, daß ihm ein gültiges Pfandrecht bestellt worden sey. Daher sagt *Moody* ¹⁷⁾ mit Recht: *Multum interest inter obligari pignori, et dari pignori. Priori casu res obligatur: posteriori contrahentium personae tenentur: res libera est.* Um jedoch wieder auf den Pfandcontract zu kommen, so war ursprünglich die Form dieses Contracts zweifach: Ehe nämlich der Prätor die actio hypothecaria eingeführt hatte, diente das Pfand dem Gläubiger

nur

14) Man sehe vorzüglich *Ger. moody Comment. ad Dig. de t. Tom. II. Operum pag. 321.*

15) *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.*

16) *S. 4. l. Quib. mod. re contrah. obligat. L. 9. §. 4. l. 22. §. 2. D. h. t.*

17) *Cit. loc. et Lib. 1, Observation. cap. 7.*

nur so lange zur Sicherheit, als er dasselbe in Händen hatte. Verlohr er den Besitz, so hatte er anfänglich gegen den dritten Besizer, der nicht der Schuldner war, gar keine Klage. Um ihm diese zu verschaffen, pflegte man dem Gläubiger entweder außsergerichtlich durch die Feyerlichkeit der Mancipation vor fünf Zeugen, oder gerichtlich durch ein *cessio in iure* mit dem Besitz auch das Eigenthum des Pfandes wiederrüchlich und unter der Bedingung zu überlassen, daß er es dem Schuldner remanctpiren sollte, sobald er von dem letztern seine Befriedigung erhalten hätte. Der auf solche Art mit dem Gläubiger geschlossene Pfandcontract wurde *Fiducia*, oder *contractus fiduciarius* genennt, so wie man im Gegentheil den Pfandcontract ohne die *lex fiduciae* nur schlechthin *pignus*, *depositum pignus*, oder *contractus pignoratitius* zu nennen gewohnt war¹⁸⁾. Merkwürdig ist die den Unterschied zwischen *pignus* und *fiducia* erläuternde Stelle des Isidorus¹⁹⁾ welcher sagt: *PIGNUS* est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est, *FIDUCIA* est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure caditur. Jedoch wurde auch die Sache selbst, deren Eigen-

18) *G. Ger. HOODT* Observation. Lib. II. cap. 7. *Ant. SCHULTING* ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 4. et 13. in *Jurisprud. AntJustin* pag. 271. et 282. sq. *IDEM* Thes. controversar. Decad. L. Th. 2. et 3. *FORTIER* Pandect. Justin. Tom. I. h. t. in Append. pag. 398. sq. *Franc. Car. CONRADI* Diff. II. de pacto fiduciae. *Helmst.* 1732. und *Westphal's* Pfandrecht §. 62.

19) *Origin.* Lib. V. cap. 25.

genthum dem Gläubiger zu seiner Sicherheit unter der Bedingung der Remancipation war überlassen worden, *fiducia* oder *res fiduciaria* genennt²⁰⁾. Daher die Lebensart *fiduciam distrahere*²¹⁾. Der Name *Fiducia* entstand unstreitig daher, weil man dabey besonders auf die Treue und Ehrlichkeit des Gläubigers bauete. Es beweist dies auch die Formel, deren sich der Schuldner bey Abschließung dieses Contracts bediente: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancuper, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudaturve sim*²²⁾. War nun dem Gläubiger das Pfand sub lege *fiduciae* mancipirt worden, so ward er so lange, als er die Sache noch nicht remancipirt hat, als wahrer Eigenthümer angesehen; er konnte sein Eigenthum nicht nur gegen jeden dritten Besizer des Pfandes gerichtlich verfolgen, sondern auch das Pfand aussерgerichtlich, wo er es fand, an sich nehmen²³⁾. Der Gläubiger konnte sich auch

20) PAULUS *Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 2. et 7. et ad Eundem* SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 286.

21) PAULUS *cit. loc. §. 1. et 3.*

22) S. CONRADI *Diff. I. de pacto fiduciae §. 16. und Diff. II §. 2.*

23) L. 66. D. de *Rei vindicat.* PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. V. Tit. 26. §. 4.* Creditor *fiduciam et pignora apud se deposita persequi, et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.* S. *Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust.* pag. 524. not. 30. 31. et 32. Als Eigenthümer konnte der Gläubiger auch das Pfand einem Jeden, wem er wollte, vermachen. S. PAULUS-c. 1. §. 6. Es fand hier sogar ein *legatum vindicationis* Statt, denn das Pfand war *iure Quiritium* Eigenthum des Gläubigers geworden. VULPIAN. *Fragment. Tit. 24. §. 7.* Hierauf soll sich beziehen, was PAPINIAN L. 9. §. 2. D. de *supellect. legata* sagt: *Supellectili sua omni legata, acceptum*

auch die Früchte und Nutzungen des Pfandes zu eignen, allein er mußte sie auf die Schuld abrechnen²⁴⁾. Bezahle

ptum argentum pignori non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum. Sowohl Cujas; ad Papiniani responsa lib. VII. als Ger. NOODT Observat. Lib. II. c. 10 erklären die Worte si non in usu pignoris von dem contractu fiduciae. Jedoch liest Noodt Si non iuris creditoris etc. und versteht unter ius, Eigenthum, und statt propositum liest er depositum. Ihnen stimmen auch Ant. SCHULTING in Iurispr. Antej. p. 286. und Westphal im Pfandrechte §. 63. Not. 85, und im System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß- Arten §. 521. bey, jedoch glaubt er, daß man die Worte in usu creditoris auch ohne Abänderung erklären könne, weil die Redensart in usu mancipioque sehr gewöhnlich war. Es werde also dadurch ein Besitz angedeutet, wozu man durch eine Mancipation gekommen sey. Io. van de WATER Observ. iur. Rom. Lib. I. c. 10. hält die Worte in usu für einen Tribonianismus. Denn Papinian habe: si non fiduciae geschrieben. Allein mit Recht verwerfen diese Erklärungen Io. IENSIUS in Strictur. ad iuris Rom. Pand. pag. 281. sq. und Io. Lud. CONRADI Reprehensor. in observation. super iure civ. diversor. libro sing. pag. 121. sqq. Hat der Testator Jemanden seinen Hausrath vermacht, und es befindet sich darunter fremd Silber, welches demselben zwar nur als ein Pfand eingelagert, wovon ihm aber der Gebrauch verstattet war, so ist dasselbe ohne Zweifel unter dem Legat mit begriffen, nämlich in sofern, daß auch der Legatar den Gebrauch davon hat, bis das Pfand eingelöst wird. S. POTHIER Pandect. Instit. Tom. II. Tit. de legatis Nr. CCLXII. not. d. pag. 325.

24) PAULUS Sent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 2. L. 1. Cod. de pign. act.

te der Schuldnér, so fiel das Pfand nicht ipso iure wieder an denselben zurück, sondern der Gläubiger war zur Remanicipation verbunden, weshalb dem Schuldnér die *actio fiducias directa* zustand, deren Formel war: *Aio te mihi fiduciam, quam tibi mancupavi, remancupare oportere, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione* ²⁵⁾. Hatte aber der Gläubiger wegen ausgebliebener Zahlung der Schuld das Pfand verkauft; so konnte der Schuldnér mit jener Klage wenigstens den Ueberrest der Kaufsumme, welcher *hyperocha* ²⁶⁾ genennt wird, fordern ²⁷⁾. Dáhingegen konnte auch der Gläubiger, wenn er des Pfandes wegen Kosten aufgewandt hatte, mit der *actio fiduciae contractaria* auf deren Ersatz klagen ²⁸⁾. Es erhellet aus dem Allen, daß es unrichtig sey, wenn Cujaz ²⁹⁾ behauptet, daß der *contractus fiduciae* allemal mit der *Lex commissoria* verbunden gewesen sey, nämlich daß bey ausbleibender Bezahlung der Schuld das Pfand an den Gläubiger verfallen wäre ³⁰⁾; obwohl nicht zu läugnen ist, daß vor Constantin dem Großen die *lex commissoria* dem Pfand-

contract

25) S. CONRADI de pacto fiduciae Exercit. II. §. 6.

26) L. 20. D. Qui potior, in pignore.

27) PAULUS cit. loc. §. I. SCHULTING c. I. pag. 283.

28) PAULUS Sent. Recept. cit. loc. §. 7. CONRADI Exercit. II. cit. §. 7. et 8.

29) Ad PAULI Sent. recept. lib. II. Tit. 13. ad Rubricam.

30) Man sehe vielmehr Iac. GOTHOFREDUS Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de commissoria rescindenda. Tom. I. p. 290. sqq. edit. Ritter und Amt. SCHULTING ad Pauli Sent. Recept. p. 282. auch CONRADI Ex. I. de pacto fiduciae §. 20.

contract gültig angehängt werden konnte³¹⁾. Bey dem Pfandcontract, der ohne eine Mancipation oder eine in iure cessio geschlossen wurde, war alles ganz anders. Hier stand dem Gläubiger weder die rei vindicatio noch die actio publiciana zu³²⁾. Denn das Eigenthum blieb bey dem Schuldner, und der bloße Besitz ging auf den Gläubiger über³³⁾. Dieser simple Pfandcontract, der ohne die lex fiducia geschlossen wurde, scheint nur bey den rebus nec mancipi üblich gewesen zu seyn³⁴⁾. Weil jedoch der contractus fiducia mit manchen Schwierigkeiten verbunden war, indem auf diesem Wege nur römische Bürger ein wirksames Pfandrecht erlangen konnten, und bey der Handlung der Mancipation immer fünf mannbare Bürger, als Zeugen, mit einem libripens zugegen seyn mußten, oder auch, wie bey der cessio in iure, die Gegenwart des Prätors erforderlich war; der dabey unter den Gegenwärtigen auszusprechenden feyerlichen Worte nicht zu gedenken; so waren dies Gründe genug, welche den Prätor, zur Beförderung des gemelnen Verkehrs und Credits, veranlaßten, in seinem Edikt eine neue einfachere Art der Verpfändung einzuführen, welche ohne Tradition der Sache, und ohne alle Feyerlichkeiten durch einen bloßen, mündlich oder schrift-

31) Cicero Orat. pro Flacco Cap. 21.

32) L. 13. §. 1. D. de public. in rem actione. Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium: illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, ex animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

33) L. 35. §. 1. D. pignorat. act.

34) PAZLEBAN de iure pignorum §. 22.

Schriftlich eingegangenen Vertrag, geschlossen konnte. Man nannte diese Art der Pfandbestellung zum Unterschied vom *pignus traditum* mit einem griechischen Namen, von *ὑποθήκαι*, *hypotheca*. Ob die Sache eine *res mancipi* war, oder nicht, ob sie dem Schuldner *ex iure Quiritium* gehörte, oder sich nur in *bonis* desselben befand, war hierbey gleichgültig³⁵⁾. Der Prätor unterschied auch nicht zwischen Bürgern und Nichtbürgern³⁶⁾. Noch weniger kam es dabey auf gewisse Worte und Formeln an³⁷⁾. Die bloße Einwilligung der Paciscenten allein war zur Begründung eines Pfandrechts hinreichend. Die Hauptsache aber bestand darin, daß aus dem bloßen Vertrage, wodurch der Schuldner dem Gläubiger ein Pfandrecht auf seinem Vermögen bestellt hätte, ohne ihm jedoch das Pfand zu tradiren, eben sowohl gegen den Schuldner als gegen den dritten Besizer sollte geklagt werden können³⁸⁾. *Domeneau*³⁹⁾ hat die Worte des Edicts, nach Maasgebung der Gesetze des Titels *de pignoribus et hypothecis*, auf folgende Art zusammen gesetzt: *Si pro eo, quod ei debetur, res aliqua pignoris hypothecaeve nomine obligata esse dicetur ab eo, cuius in bonis ea res est, aut alioqui, cui*
de

35) L. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.

36) S. Ger. NOODT Observation. Lib. II. cap. 8.

37) L. 4. D. de pignor. et hypoth. L. 23. §. 1. D. eodem.

38) L. 17. §. 2. D. de pactis. De pignore iure honorario nascitur pacto actio. S. NOODT cit loc. pag. 326. L. 17. D. de pignorib. et hyp. Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.

39) Tr. de pignorib. et hypothecis. Cap. 1.

de ea re constituendi ius est: ei heredive eius, quoad pecunia solvatur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitur, aut dolo malo fecerit, quominus possideret, actionem dabo, ut si ea res arbitrio iudicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Diese dingliche Klage wird die hypothekarische Klage genennt, und findet in jedem Falle statt, denn Gläubiger mag eine Sache zum Pfand gegeben worden seyn, die er aber zufällig aus seinem Besiß wieder verlohten hat, oder eine Hypothek seyn constituirte worden ⁴⁰⁾. Ursprünglich hieß sie *actio Serviana*. Fast alle nennen hier den Prator *Servius Sulpicius*, als den Erfinder ⁴¹⁾. Allein auch davon abgesehen, daß die Klage alsdenn *actio Sulpicia* hätte heißen müssen; so war auch *Servius Sulpicius* weder praetor urbanus, noch peregrinus, sondern praetor quaestionum ⁴²⁾. Solche Prätoren hatten keine Jurisdiction ⁴³⁾; wie auch schon Anton Schulding ⁴⁴⁾ und Ev. Otto ⁴⁵⁾ erinnert haben. Es muß also

40) L. 28. D. de pign. act. L. 18. Cod. de pignor.

41) Ant. AUGUSTINUS de Nominib. propriis Pandectar. in Thef. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 334. Jac. CURTIUS ΕΙΝΑΣΩΥ. Lib. III. cap. 39. Westphals Pfandrecht §. 262. Not. 293. S. 383. u. a. m.

42) Er hatte nämlich die quaestio peculatus. CICERO pro Murena cap. 20. S. Ev. OTTONIS lib. sing. de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. Traj. ad Rhen. 1737. 8. Cap. X. §. 1.

43) VACIUS Agric. cap. 6. Ev. OTTO c. 1. §. 2. pag. 145.

44) Thef. controversar. Decad. LXXVI. Th. 1.

45) Vita Servii Sulpicii Cap. X. §. 2.

also wohl irgend ein anderer Prætor aus der gens Servia der Erfinder jener Klage seyn ⁴⁶⁾. Soviel ist jedoch gewiß, daß die actio Serviana nur dem Vermietter eines praedii rustici wegen der ihm für das Pachtgeld verpfändeten Sachen des colonus Statt hätte, wegen welcher die Worte des Edicts nach der Restitution des Gerhard Vloodt ⁴⁷⁾, so gelautet haben sollen: *Quae in fundum conductum a colono inducta, inuenta, locator conventionem eius, cuius in bonis sunt, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo.* Erst in der Folge wurde sie erweitert, und auch jedem andern Pfandgläubiger ohne Unterschied gestattet, dem ein gültiges Pfandrecht, es sey durch den Pfandcontract, oder durch Hypothekverschreibung, bestellet worden. Nun erhielt sie den Namen der actio hypothecaria, oder quasi Serviana ⁴⁸⁾. Nachdem nun die Gläubiger ihres Pfandrechts wegen

46) VELLEIUS PATERCULUS Lib. II. cap. 15. gedenkt eines Prætoris Servius.

47) Commentar. ad Dig Lib. XX. Tit. 1. Oper. Tom. II. p. 432.

48) So lehrt uns Justinian §. 7. I. de actionibus. Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecaeve persequuntur. Aelterer Meinung ist jedoch Herr von Esch in Errolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 129. ff. wo von ihm einige Bemerkungen über die dergleichen Pfandklagen vorkommen. Er glaubt nämlich, daß schon früher eine auf das Civilrecht sich gründende Klage, vindicatio

wegen eine dingliche Klage hatten, fing der *contractus fiduciae* an feltner zu werden. Unrichtig ist es jedoch, wenn

dicatio utilis, Statt gefunden habe, welche die Pfand- und Hypotheken-Gläubiger, so gut wie der *Superficial*, der *Emphyteuta* und mehrere andere Nichteigenthümer gehabt hätten. Es werde dieses ganz ausdrücklich gesagt *L. 16. D. de Servitutibus*. Hier sage *Julian*: *Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem positionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur*. Allein offenbar ist die *utilis petitio fundi*, welche hier dem Pfandgläubiger gegeben wird, keine andere, als die *actio quasi Serviana*, wie auch *WESTPHAL* de libertate et servitut. praedior. §. 976. not 853. ganz richtig bemerkt hat. Doch nicht genug. Außer jener Klage soll der Pfandpfandgläubiger auch noch die *actio pignoratitia*, wenn das Pfandrecht schon von Anfang gültig bestand, und sich die Sache im römischen Eigenthum des Schuldners befand, gehabt haben; in dem entgegengesetzten Falle aber habe die *actio Serviana* Statt gehabt, die sich zu der *actio pignoratitia* eben so, wie die *Publiciana* zu der *rei vindicatio* verhalten habe. Allein daß es außer der prätorischen Pfandklage noch eine andere dingliche Klage nach dem Civilrechte gegeben habe, davon schweigt das ganze römische Alterthum. Auch *Theophilus* in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen ad §. 7. l. de action. sagt kein Wort davon. Die deshalb angeführten Gesetze sprechen freylich von einer *actio pignoratitia in rem*; allein es ist ja Jedermann bekannt, daß hierunter keine andere als die prätorische Pfandklage verstanden wird, man sehe die Note 9. dieses Paragraphen. Es wird ja auch diese *actio pignoratitia* *L. 3. §. 3. D. ad exhib.* deutlich genug *pignoratitia Serviana* genannt. Soviel ist indessen richtig, daß wenn ein *bonae fidei possessor*, dem der Prätor die *Publicianische* Klage giebt, ein Pfandrecht auf der Sache bestellt, dem Gläubiger die hypothekarische Klage auch nur unter eben der Einschränkung zusteht, wie dem Schuldner die *actio Publiciana*.

wenn Cujaz ⁴⁹⁾ behauptet, er sey vom Kr. Constantin dem Großen *L. ult. Cod. de pactis pignor.* aufgehoben worden, denn dieses Gesetz verbletet nur die *Lex commissoria* bey Verpfändungen ⁵⁰⁾. Noch in einer neuern Constitution der Kr. Arcadius und Honorius ⁵¹⁾ wird der *contractus fiduciae* bestätigt ⁵²⁾. Er hörte also eigentlich erst auf, nachdem Justinian ⁵³⁾ den Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* aufgehoben hatte ⁵⁴⁾. Daher ist es gekommen, daß in dem ganzen *Corpus iuris* nirgends weiter eine Spur davon gefunden wird.

Der Pfandcontract ist nun I. ein Realcontract, der seine Perfection erst durch die Uebergabe der Sache erhält. Hat jedoch der Schuldner eine Sache zum Pfande zu geben versprochen, so ist dieselbe schon vor der Uebergabe als eine Hypothek anzusehen, weil zur Bestel-

lung

Sie kommt ihm nämlich alsdann nur gegen einen solchen Besitzer des Pfandes zu, der ein schwächeres Recht an der Sache hat, als der Schuldner. *L. 18. D. de pignor. et hypoth.*

49) *Ad PAULI Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13. ad Rubrum.*

50) *S. Ant. SCHULTING* Jurisprud. Antejust. pag 383. und *Jac. GOTHOFREDUS* in Comm. ad Leg. un. Cod. Theod. de lege commissor. rescind.

51) *L. 9. Cod. Theod. de infirmind. his, quae sub tyrann.*

52) *Sidonius Apollinar. Lib. IV. Ep. 24.* gebauet auch des *contractus fiduciae*, als zu seiner Zeit noch gültig.

53) *L. un. Cod. de usucap. transform.*

54) *S. NOODT* Observation. Lib. II. cap. 8. und *CONRADI EXERCIT. cit. II. de pacto fiduciae §. 17. et 18.*

lung derselben der bloße Vertrag genügt⁵⁵⁾. Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian L. 1. §. 1. D. h. t. sagt: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint; und Anton Faber⁵⁶⁾ bemerkt hierbey ganz richtig: Etsi traditione pignus proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, ut incipiat pignus a traditione, quamvis inutilis traditio est, nisi praecesserit consensus de re obliganda; quo consensu praecedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, quae iam satis nudo consensu constituta est. Ist aber die Uebergabe erfolgt, oder der Gläubiger hat sonst den Besitz des Pfandes, sey es auch durch die hypothekarische Klage, erhalten, so ist von der Zeit an auch die actio pignoratitia begründet, welche dem Schuldner besonders in dem Falle zu statten kommt, wenn der Gläubiger beim Verkaufe des Pfandes betrügerisch verfahren, oder dafür mehr gelöst hat, als die Schuld beträgt⁵⁷⁾. Der Pfandcontract ist II. ein bonae fidei Contract, welcher mehr nach der Billigkeit, und der vermuthlichen Intention der Parteyen, als nach einer formularischen Strenge des Rechts zu beurtheilen ist. Es wird III. zu dessen Gültigkeit kein schriftlicher Aufsaß erforderlich

55) C. SACROVIUS de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 18.

56) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t.

57) L. 34. D. de damno infect. L. 11. §. 5. D. de pign. act.
Aut. SCHULTING Thes. controvers. Decad. L. Th. 4. und BACHOV c. L. pag. 450. sq.

fordert ⁵⁸⁾, sondern die bloße Uebereinkunft der Partheyen, das bloße mündliche Versprechen, und die Vollziehung desselben durch die Uebergabe des Pfandes ist zur Perfection desselben hinreichend. Die Scriptur pflegt nur um des Beweises willen hinzuzukommen ⁵⁹⁾. Es schadet daher auch der Gültigkeit des Contracts nichts, wenn gleich der Auflass fehlerhaft seyn sollte ⁶⁰⁾; es wäre denn, daß die Gültigkeit des Contracts davon wäre abhängig gemacht worden ⁶¹⁾. IV. Betrug, Zwang und Irrthum haben auch hier dieselbe Wirkung, wie bey andern Verträgen. Jedoch ist hier wohl zu bemerken, daß wenn der Pfandcontract des Zwanges wegen für ungültig gehalten werden soll, der Schuldner wider seinen Willen muß gezwungen worden seyn; Geld, was er doch weder brauchte, noch verlangte; gegen das ihm abgezwungene Pfand anzunehmen. Hätte der Schuldner das Geld verlangt, der Gläubiger ihm aber solches nicht anders borgen wollen, als gegen Pfandgebung, und der Schuldner, weil er in Noth war, und das Geld brauchte, hierdurch sich gezwungen gesehen, dem Gläubiger, obgleich ungern, ein Pfand zu geben; so kann sich der Schuldner unter diesen Umständen über keinen widerrechtlichen Zwang beschweren. Denn man kann es keinem Gläubiger verdenken, wenn er sein Geld nicht ohne Sicherheit wegleihen will. Dies ist der Sinn der L. 4. Cod. de pignor. wo es heißt: Cum te pecuniam

58) L. 12. Cod. de pignor. et hypoth.

59) L. 4. D. de pignor.

60) L. 34. §. 1. D. eodem.

61) BACHOVIVS Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 3. nr. 2. ERKLEHEN Princip. de iure pignor. §. 42.

niam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habes rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve, creditori tuo pecuniam debitam. In einem solchen Falle nun, wo der Pfandcontract wegen Mangels der Einwilligung nichtig ist, giebt er nicht einmal ein Retentionsrecht, wenn auch der Fiskus an des Gläubigers Stelle treten sollte. *L. 25. D. de pignor.* Cum vitiose et inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. V. Der Pfandcontract kann zwar eben sowohl unter Abwesenden als unter Gegenwärtigen geschlossen werden. *L. 230 §. 1. D. eodem.* sagt ausdrücklich: Pignoris obligatio etiam inter absentes recte contrahitur. Ob er aber auch durch einen Bevollmächtigten dergestalt geschlossen werden könne, daß der Principal daraus alle Rechte und Verbindlichkeiten eben sowohl erhält, als wenn er selbst contrahirt hätte, war vor Justinian vielen Zweifel unterworfen, wie aus *L. 11. §. 6. D. de pignor. actione* erhellet, wo es heißt: Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pigneratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro ⁶²⁾, posse per liberam personam possessionem acquiri. Nam hoc eo pertinet, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem apprehendere, ipsam autem obligationem

62) Es wird hier die Verordnung des Kaisers Severus *L. 2. Cod. de acquir. possess.* gemeint.

tionem libera persona nobis *non semper* ⁶³⁾ acquiret. Es lag hier die Regel des ältern Rechts zum Grunde, daß Niemand durch eine freye Person Rechte erwerben, noch zu Etwas verbindlich gemacht werden könne. Dajedoch durch das neuere Recht diese Regel auf mancherley Art modificirt worden ist, wie schon an einem andern Ort ⁶⁴⁾ gezeigt worden; so ist auch nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian insonderheit in Ansehung des Pfandcontracts aller Zweifel gehoben, und es kann nun dieser Contract durch einen Bevollmächtigten mit eben der Wirkung, als in eigener Person, geschlossen werden. Si enim, sagt Justinian *L. 2. Cod. Per quas personas nobis obligat. acquirit.* procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, sive pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? Schon vor Justinian war heym Darlehn Rechtsens, daß wenn Jemand auf eines andern Namen Geld ausleihe, es mochte dies nun sein, des Ausleihers, Geld, oder Geld des Andern seyn, auf dessen Namen dasselbe ausgeliehen wurde; letzter aus solchem Contract gegen den Schuldner klagen konnte, ohne daß

B 3

et

63) Die Worte *non semper*, so wie das in den Anfangsworten vorkommende *plerumque* wird für einen Zusatz des Tribonianus gehalten. S. CUIACIUS in Not. ad. §. 5. I. Per quas person. culque acquirit. Allein man sehe dagegen über diese Stelle Weßphals Pfandrecht §. 56. Not. 77.

64) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 243.

er von dem Ausleiher erst eine Cession zu erhalten nöthig gehabt hätte⁶⁵⁾). Dennoch konnte der Ausleiher keinen Pfandcontract zum Nutzen des Andern schließen, für den er das Geld ausgeliehen hatte. Hierzu fand Justinian keinen hinreichenden Grund. Daher hob er die Spisfindigkeit des ältern Rechts auf. VI. Der Pfandcontract verpflichtet den Gläubiger, die zum Unterpfande erhaltene Sache nach getilgter Schuld dem Verpfänder unweigerlich zurückzugeben⁶⁶⁾).

§. 863.

Welche Sachen können ein Gegenstand des Pfandcontractes seyn?

Zum Unterpfande können alle Sachen gegeben werden, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren im Stande sind. Da nun die Sicherheit des Gläubigers hauptsächlich darin besteht, daß er, im Falle der unterbleibenden Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung zu veräußern befugt ist; so ergiebt sich daraus die allgemeine Regel, welche uns Cajus giebt, wenn er L. 9. §. 1. *De de pignoribus* sagt: *Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*⁶⁷⁾. Auf die Art der Sachen kommt es nicht an.

Es

65) L. 9. §. 8. *D. de reb. cred.*

66) L. 1. §. 6. *D. de obligat. et action.*

67) Diese Stelle steht eigentlich in den Pandecten nicht an ihrem rechten Orte. Denn Cajus handelte *Libro 9. ad Edictum provinciale*, woraus dieselbe, wie die Ueberschrift lehrt, genommen ist, von der *actio pignoratitia*, welche aus dem Pfandcontract entspringt, wie aus L. 10. und L. 12.

D.

Es können daher sowohl bewegliche, als unbewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen zum Pfande gegeben werden. Zu den unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand der Verpfändung seyn können, gehören z. B. Obligationen und Schuldsforderungen (cautiones, nomina). Der Pfandinhaber kann hier, wenn ihn der Verpfänder nicht befriediget, actione utili gegen den Schuldner, auf dem die verpfändete Actiypost haftet, auf die Bezahlung der Schuldforderungen⁶⁸⁾. Das erhobene Geld rechnet dann der Gläubiger auf

D. de pignor. act. erhellet. Sie hätte also unter den Titel *de pigneratitia actione* gesetzt, und nicht dem Titel *de pignori et hypothecis* einverleibt werden sollen, wie auch *Ger. woodt* Observation. Lib. I. cap. 7. ganz richtig bemerkt hat. Es ist daher ein großer Unterschied, wenn man fragt, welche Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn, und welche gültig verhypothecirt werden können. Denn da der Pfandcontract blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, so können auch fremde Sachen eben so gut zu einem handhabenden Pfande gegeben werden, als sie ein Gegenstand des Kaufcontracts seyn können. *L. 9. §. 4. D. de pign. act.* verglichen mit *L. 28. D. de contrah. emt.*: Dagegen ist die auf fremden Gütern bestellte Hypothec ganz ungültig, indem daraus keine Pfandklage gegen den dritten Besizer entsteht, als welche jederzeit voraussetzt, daß die Sache des Verpfänders Eigenthum sey. *L. 6. Cod. Si aliena. res pignori data sit.* Man sehe auch *Westphals* Pfandrecht §. 106. *Not. 128.* und *Pet. FABRI* Semestrium. Lib. II. cap. 17.

68) *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Da der Käufer einer Schuldsforderung ohne Zweifel diejenige

auf seine Forderung ab. Besteht aber die Schuld in andern Sachen, welche der Beklagte dem Verpfänder zu geben hatte, so behält er dieselben als Pfand ⁶⁹). Es muß nur aber dem dritten Schuldner von der geschenehen Verpfändung Nachricht gegeben werden, weil sonst derselbe die Schuld an seinen Gläubiger bezahlen, und dadurch das einem Andern daran gegebene Pfandrecht vernichten könnte ⁷⁰). Auch Servituten können als ein Pfand eingegeben werden, und zwar nicht nur persönliche, z. B. der Nießbrauch, so daß der Gläubiger die Früchte genießen soll, bis die Schuld hierdurch getilgt ist; ⁷¹) sondern auch dingliche Servituten.

Zwar

jenige Klage utiliter erheben kann, welche der Verkäufer der Forderung ursprünglich gegen den Schuldner anstellen konnte, so ist auch wohl die Klage des Pfandgläubigers keine andere. **S. Restphals Pfandrecht §. 141. Not. 165.**

69) *L. 18. pr. De de pigner. act. Si convenerit, ut nomen debitoris tibi pignori sit, tuenda est a Praetore haec conventio: ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.*

70) *L. 4. Cod. Quae res pignori. Nomen quoque debitoria pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet.* **S. Fratrum RECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 68. nr 7. sqq.**

71) *L. 11. §. 2. L. 15. pr. D. de pignor. et hypoth. L. 8. D. Quib.*

Zwar sind Servitutes urbanae auf keinen Fall dazu geeignet (72). Allein eine Servitus rustica kann dem Gläubiger als Pfand auf einem Grundstück seines Schuldners mit der Wirkung eingeräumt werden, daß er solche, wenn er ein benachbartes Grundstück hat, zum Nutzen desselben bis zur erfolgten Bezahlung der Schuld ausüben, und wenn er nicht befriediget wird, an einen andern Nachbar verkaufen kann (73). Hier wird also die Servitut erst pfandweise bestellt. Dingliche Dienstbarkeiten hingegen, welche schon auf

Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. Der Usus kann zwar nicht verpfändet werden. Denn in der *L. ult. D. de Usuris et fruct. net. C. Ant. FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 8.* In Ansehung der Habitation hingegen waltet kein Zweifel ob. *C. Casp. Achat. XXXX Diss. de oppignoratione servitutum. Ienae 1729. §. 18.* Ueberall ist jedoch eigentlich nur der Genuß, nicht das Recht selbst dasjenige, was den Gegenstand der Verpfändung ausmacht, wie *Greg. MAJANSIUS* in *Disputationib. iuris civ. Tom. I. Disput. 4. §. 24. sqq. pag. 84. sqq.* sehr ausführlich gezeigt hat.

72) *L. II. §. 3. D. de pignorib.* Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

73) *L. 12. D. de pignor. et hypoth.* Sed an viae, itineris, actus, aquae ductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse *Pomponius* ait, ut talis pactio fiat, ut, *quandiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur; scilicet si vicinum fundum habeat; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.* Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Daß diese Stelle von einer solchen Servitut redet, welche der Eigenthümer seinem Gläubiger pfandweise constituirte, wird auch durch die

Basilica

auf einem Grundstück activ haften, können ohne das Grundstück nicht verpfändet werden, weil sie sich davon nicht trennen lassen⁷⁴⁾. Wird jedoch das Gut verpfändet, dem sie zustehen, so sind sie stillschweigend unter dieser Verpfändung mit begriffen⁷⁵⁾. Daß auch fremde Sachen ein Gegenstand des Pfandcontractes seyn können, leidet keinen Zweifel⁷⁶⁾. Zwar ist die Verpfändung in Ansehung des Eigenthümers der Sache ungültig, wenn er nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilliget hat. Dieser kann seine Sache vindiciren⁷⁷⁾, es wäre denn, daß er um die Verpfändung von Anfang gewußt, und, um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, sich aus

Basilica Tom. IV. pag. 35. bekräft, wo es bey Fabrot heißt: Δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχει με κατὰ τὴν ἀγρογεῖτονος ὄδον ζωνὴν καὶ πλατείαν, καὶ ὑδρογωγίον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῆ μοι καὶ εἰ μὴ καταβληθῆ εμπροθεσμως, ἐξεῖναι μοι ταῦτα πικρασκεῖν. I. e. *Valet autem conventio, ut liceat mihi ire, agere, et aquam ducere per fundum vicini, donec pecunia mihi solvatur: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas (sc. servitutes) mihi liceat.* C. *VINDICIA* Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. *LYKLAMA* Membranar. Lib. VII. Eccl. 45. *CHARONDAE* Verisimil. Lib. I. nr. 7. in *Thef. Otton.* Tom. I. pag. 698. *Westphal* §. 139. Not. 163.

74) C. *Ant.* *FABRI* Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7.

75) L. 16. D. de *Servitut.*

76) *Ernst. Christ.* *Westphals* rechtliche Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. und *Christ. Gottl. OZZELIN* Commentat. iuris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. 8.

77) L. 6. Cod. *Si aliena res pignori dat.*

Gefährde nicht gemeldet hätte ⁷⁸⁾, Eben so wenig ist sie gegen den dritten Besitzer der Sache von Wirkung. Gegen diesen findet die hypothekarische Klage nicht statt, weil der Gläubiger das Eigenthum des Schuldners beweisen muß ⁷⁹⁾. Allein unter den Contrahenten ist die Verpfändung fremder Sachen gültig, und es entstehen daraus eben die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus der Verpfändung eigener Sachen entstehen, es muß nur der Gläubiger nicht gewußt haben, daß das Pfand einem Dritten gehöre, wenn er wegen der Entwähnung eine Forderung an den Schuldner haben soll ⁸⁰⁾. Der Gläubiger ist daher verbunden dem Schuldner, wenn dieser Zahlung leistet, das Pfand zurückzugeben, und es wird in dieser Hinsicht auch sogar dem Prædo die *actio pigneratitia* gestattet ⁸¹⁾. Der Schuldner hingegen haftet dem Gläubiger wegen der Entwähnung ⁸²⁾. Ich habe hierbey noch Folgendes zu bemerken.

I) Da

78) L. 2. Cod. eodem.

79) L. 15. §. 1. D. de pignor. L. fin. §. 2. Cod. Communia de legat. et tot. Tit. Cod. Si aliena res pign. data sit. VIII. 16.

80) L. 16. §. 1. D. h. t. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, contrarium (sc. iudicium) ei non competit.

81) L. 9. §. 4. D. de pign. act. Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneratitia experiri. — L. 22. §. 2. D. eodem. Si prædo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus pigneratitia actio.

82) L. 16. §. 1. D. h. t. Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam — dedit, tenebitur: quamvis etstellionatus crimen committet. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum

tum

I. Da die Verpfändung fremder Sachen wenigstens unter den Contrahenten gilt, so hat es keinen Zweifel, daß auch selbst die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder Statt findet. Denn wollte er einwenden, er sey nicht Eigenthümer, so würde ihm die replicatio doli entgegengesetzt werden können. ⁸³⁾

II. Wird derselbe, der eine fremde Sache verpfändet hat, in der Folge Eigenthümer, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger gleich anfangs gewußt hat, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder nicht. In dem letztern Falle convalescirt die Verpfändung, und dem Gläubiger wird der Billigkeit wegen die actio hypothecaria utilis gestattet. In dem ersten Falle hingegen kommt ihm nur ein Retentionsrecht

tum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat.

83) *L. 27. §. 1. D. de pignorib.* Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, Servianus locus est: et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. Daß der Verpfänder die Sache bona fide gekauft hatte, war wohl hier ein ganz gleichgültiger Umstand, und die hypothekarische Klage würde daher eben sowohl auch in dem Falle gegründet seyn, da der Verpfänder die Sache mala fide gekauft hätte. Ulpian scheint also den Fall wohl nur darum gewählt zu haben, um damit anzudeuten, daß der Pfandgläubiger wenigstens immer in bona fide seyn müsse. Denn wußte der Gläubiger um die Beschaffenheit der Sache, so kann ihm die Verpfändung nichts helfen. Doli nemini debet prodesse. *S. Westphals Pfandrecht §. 270. Not. 300. S. 391. und Gmelin Commentar. de iure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14.*

recht zu statten, insofern er sich in dem Besitz des Pfandes befindet; allein auf die hypothekarische Klage kann er auf keine Weise Anspruch machen. Auf diese Art sind folgende Gesefstellen zu vereinigen.

L. 41. pr. D. h. t. Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori.

L. 5. Cod. Si aliena res pignori dat. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est; sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.

L. 1. pr. D. de pignorb. et hypoth. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionem, si non fuit ei, qui pignus dabit, debita: postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio.

In der letztern Gesefstelle unterscheidet Papinian zwischen einem General- und Special-Unterpfande. Da ersteres sich auch auf das künftige Vermögen des Schuldners erstreckt, so schadet es der Gültigkeit der Verpfändung nicht, wenn auch der Schuldner erst nachher das Eigenthum einer dazu gehörigen Sache erworben hat⁸⁴⁾.

Wenn

84) *L. fin. Cod. quae res pignori.* GAZLIN in Comm. etc. §. 50.

Wenn aber der Schuldner eine gewisse Sache, wovon er jetzt noch nicht Eigenthümer ist, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu einem besondern Unterpfand giebt, so ist eine solche Verpfändung von Anfang ungültig, wenn der Schuldner zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts auch nicht einmal ein persönliches Recht hatte⁸⁵⁾, das Eigenthum durch Uebergabe zu erwerben. Erlangt nun auch in der Folge der Verpfändet. das Eigenthum, so hilft dieses doch dem Gläubiger nichts, wenn er um die Beschaffenheit der Sache wusste. Dies ist der Sinn der Worte: *difficilius dabitur utilis actio*, welche also nichts anders sagen wollen, als: es hat auch nicht einmal eine *actio hypothecaria utilis* Statt. Denn Papinian braucht eben so an andern Orten⁸⁶⁾ den Ausdruck *difficilius* in einem verneinenden Sinn. Diese Erklärung nehmen auch die meisten Ausleger⁸⁷⁾ an, und es erhellet hieraus zu
gleich,

85) Hätte der Verpfänder ein solches Forderungswort in Ansehung der Sache gehabt, so wäre die Verpfändung gleich vom Anfange gültig gewesen. *L. 3. §. 1. D. Qui potiores in pignori.*

86) *L. 8. D. de dotis collat. L. 97. §. 3. D. de solut. L. 24. D. de pignori. S. BRUNONIUS de Verbor. Signif. voc. Difficilius* und *Ev. OTTO* in Papiniano Cap. XV. §. 4. pag. 558 sq.

87) *Iac. CUIJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. §. 3. D. Qui pot. in pign. Ant. FARIN. Conjectur. Lib. XX. cap. 17. Hug. DONELLVS de pignorib. et hypoth. cap. 7. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXIX. Th. 1. BACHOV de pignorib. et hypoth. Lib. II. cap. 4. nr. 3. Bern. Henr. RENNOLDUS Varior. Cap. 33. in Opuscul. iurid. pag. 198. GMELIN cit. Commentat. §. 51. Westphal in Pfandrecht §. 114. MOYACKER Princip. iuris civ. R. P. T. II. §. 1178. u. d. m.*

gleich, daß die beyden ersten Gesessstellen nur von dem Falle zu verstehen sind, wo der Gläubiger die fremde Sache in gutem Glauben als eine eigene Sache des Schuldners zum Unterpfande annahm, wie auch der Grund der Billigkeit, worauf die Entscheidung derselben beruhet, hinlänglich zu erkennen giebt. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Connanus⁸⁸⁾, Voet⁸⁹⁾, Westenbergy⁹⁰⁾, dem Gläubiger ohne Unterschied, er mag gewußt haben, daß ihm eine fremde Sache verpfändet sey, oder nicht, eine actio hypothecaria utilis gestattet wissen wollen. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in einem solchen Falle, wo der Schuldner in der Folge das Eigenthum des Pfandes erwirbt, das Pfand nicht erst von der Zeit der Erwerbung des Eigenthums an, sondern rückwärts als von Anfang an gültig angesehen, und daher die Rangordnung unter den verschiedenen Gläubigern, die vor der Erwerbung des Eigenthums ein Pfandrechte erhalten haben, durch die Zeit der Pfandbestellung bestimmt wird⁹¹⁾. Es gilt dies aber freylich nur in dem Falle, wenn der Nichteigenthümer selbst mehreren seiner Gläubiger ein Pfandrechte auf der fremden Sache vor der Erwerbung

88) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 289.

89) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 4.

90) Princip. iuris fec. ord. Dig. Lib. XX. Tit. 3. §. 2. nr. 4.

91) *L. 14. D. Qui potiores in pignore. Si non ubi inus. duobus eandem rem diversis temporibus pignora vit. prior dicitur esse.* Anderer Meinung ist zwar Ant. FABER Conjecturas. iur. civ. Lib. II. cap. 10. Allein man sehe Heinrich Ernst Ferd. Wolken Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1805. S. 54. f.

werbung des Eigenthums bestellt hat. Denn hätte der wahre Eigenthümer nach der geschehenen Verpfändung des Nichteigenthümers, ehe dieser das Eigenthum erwarb, ein Pfandrecht auf der Sache gegeben, so würde das Pfandrecht des ersten Gläubigers zum Nachtheil des letztern nicht zurückwirken können.

III. Wird der Eigenthümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung seiner Sache geschehen war, Erbe des Verpfänders, so erhält zwar dadurch die geschehene Verpfändung direct keine Gültigkeit; sondern der Gläubiger kann in diesem Falle nur eigentlich von dem Erben eine Bestätigung derselben, oder die Bestellung einer andern Hypothek durch die *actio pignoratitia contraria* verlangen⁹³⁾. Allein es fragt sich, ob dem Gläubiger nicht der Willkür wegen wenigstens die *actio hypothecaria utilis* zu gestatten sey? Diese Frage ist, wegen des sich hier findenden Widerspruchs zweyer Stellen in den Pandecten, sehr schwierig. Nach der *L. 22. D. de pignoribus et hypoth.* ist sie zu bejahen. Modestinus sagt nämlich daselbst: *Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post pignus directo quidem non conualescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Allein gerade das Gegentheil lehrt Paulus *L. 41. D. de pignoratitia actione*, wo die Worte so lauten: *Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non et idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero:*

hoc

92) GMBLIN Comment. de iure pignoris etc. §. 53. et 54.

93) C. W. Ruppels Pfandrecht §. 116.

hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. Man hat mancherley Versuche gemacht, diesen Widerspruch zu heben, aber ohne glücklichen Erfolg. Viele ⁹⁴⁾ glauben, es sey in beyden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede. Die L. 22. rede nämlich von dem Falle, da die Verpfändung ohne des Eigenthümers Wissen (ignorante me), die L. 41. aber von dem Falle, da die Verpfändung wider desselben Willen (sine mea voluntate) geschehen ist. Allein wenn gleich diese Erklärung die Auctorität der Basiliaken ⁹⁵⁾ für sich hat, so steht ihr doch der wichtige Grund

94) *Pet. FABER* Semestrium Lib. II. cap. 18. *Herm. VULTEJUS* Disceptat. Scholasticar. cap. 17. *VOLT* Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 5. *HUBER* Praelect. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2. *van IDSINGA* Varior. iuris civ. cap. 16. et 17. *Id. van NISFEN* Diss. ad Fragments, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. Libris differentiarum supersunt. Lugd. 1750. Cap. VIII. (in *Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. select. in academ. Belgicis habitat.* Vol. I. Tom. I. pag. 67.) *HEINNECCIUS* Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. Lib. XX. Tit. §. 27. *Id. Gottf. SAMMET* Quaestion. for. Nr. III. Lips. 1754. (in *Opuscul.* pag. 261. sqq.) *HOFACKER* Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II. §. 1173. *GÜNTHER* Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 666. *MALBLANC* Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. II. §. 567. pag. 512.

95) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 1. wo die Worte: *sine mea voluntate* übersetzt sind *κατά γνώμην μου. i. e. contra voluntatem meam.*

-Grund entgegen, daß in solchen Fällen, wo die Gültigkeit eines Rechtsgeſchäfts von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es durchaus gleichgültig iſt, ob der Dritte gar nichts davon weiß, oder ob daſſelbe wider ſeinen Willen geſchieht, weil es doch in beyden Fällen an der Einwilligung deſſelben fehlt⁹⁶⁾. Andere⁹⁷⁾ wollen daher vielmehr die L. 41. von der hypothekariſchen Klage, die L. 22. hingegen von der *actio pignoratitia contraria* verſtehen. Der Unterſchied zwiſchen beyden Fällen leuchte jetzt in die Augen. Denn wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, ſo folge daraus noch gar nicht, daß dadurch die hypothekariſche Klage begründet werde. Die Hypothek gehe das Grundſtück an, und eine bloße Veränderung, die bey den Perſonen vorgeht, könne bey jener keine Veränderung hervorbringen. Allein das Recht, die Beſtätigung der von dem Erblasser geſchehenen Verpfändung oder eine andere Hypothek zu fordern, ſtehe dem Gläubiger unſtreitig gegen die Erben zu. Denn Contracte gehen auf die Erben über. Der Pfandcontract verbinde alſo die Erben des Verpfänders eben ſo, wie den Erblasser. Auf ſolche Art, glaube man, ſey nun alle Schwierigkeit gehoben.

Allein

96) Man vergleiche nur 1. D. L. 45. §. 5. *D. de ritu nupt.* Ferner §. 4. 1. *Quod cum eo, qui in alter. potestate* mit L. 29. §. 1. *D. de peculio.*

97) Nach Accursus billigen dieſe Erklärung vorzüglich *Franc. BALDUINUS* de pignoribus cap. 12. *Hug. DONELLUS* de pignoribus cap. 7. *Franc. CONNANUS* Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 290. *Ger. NOODT* de forma emendandi doli mali cap. 12. *Abraham. WIELING* Iurisprud. restituta Tom. II. pag. 240. *GMELIN* Commentat. de iure pignoris etc. §. 57. et 58. *Weſtpfal Pfandrecht* §. 115. Not. 137. u. 4. m.

Allein weit gefehlt. Daß Modestinus L. 22. so gut von der actio hypothecaria utilis spricht, wie Paulus, der sie dem Gläubiger L. 41. geradezu versagt, lehrt schon der Titel, unter welchen das Gesetz gestellt ist. Der Ausdruck actio pigneratitia kann hier nichts dagegen beweisen. Denn daß die hypothekarische Klage in den Gesetzen mehrmalen actio pigneratitia genannt wird, ist bekannt. Hätte Modestinus blos die actio pigneratitia contraria gemeint, so war es ja nicht nöthig zu bemerken, daß das pignus direct nicht convalescire. Denn jene persönliche Klage hat Statt, wenn auch das Pfandrecht an sich ungültig ist⁹⁸⁾. Sodann aber ist auch nach dieser Ansicht nicht wohl zu begreifen, warum dem Gläubiger gegen den Erben des Verpfänders nur eine actio pigneratitia utilis gestattet wird, da doch gegen den Verpfänder selbst die actio pigneratitia contraria direct statt findet⁹⁹⁾. Der Erbe tritt ja in alle Rechte seines Erblassers ein. Der Widerstreit beyder Gesetzstellen ist also wohl unverkennbar, und kann durch keine Interpretation gehoben werden, wie auch Cujaz¹⁰⁰⁾, Duaren¹⁾, Hotmann²⁾, Charondas³⁾, Ruffard⁴⁾, Anton Faber⁵⁾, Giphart,

C 2

phan,

98) L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. L. 36. D. de pigner. act. L. 6. Cod. Si aliena res pign. data.

99) S. van NISPEN tit. Diff. Cap. 8. pag. 67.

100) Observation. Lib. XIX. cap. 26.

1) Disputation, anniversar. Lib. II. cap. 4.

2) Observation. Lib. V. cap. 18.

3) Πιστῶν. Lib. I. cap. 20. (in *Thef. Otton.* Tom. I. p. 731.)

4) In edit. Corporis iuris ad has LL. in marg.

5) Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. cap. 17.

phan⁶⁾, Bachov⁷⁾, Fornerius⁸⁾, Schulting⁹⁾, Uveranius¹⁰⁾, Reinold¹¹⁾, Thibaut¹²⁾ und mehrere andere mit Recht behaupten. Es fragt sich also nur, welcher von beyden Stellen bey dieser Antinomie der Vorzug gebühre? Auch hier sind wieder die Meinungen der angeführten Rechtsgelehrten getheilt. Cujaz, Duaren, Fornerius, Uveranius und Reinold sagen, es müsse hier bios das Zeitalter der beyden römischen Juristen entscheiden, wessen Meinung anzunehmen sey. Die billigere Meinung des Modestins verdiene daher unstreitig den Vorzug, weil dieser erst nach Paulus lebte. So wäre denn freylich das Räthsel auf einmal gelöst, wenn man die L. 41. von dem ältern strengen Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, die L. 22. aber von dem neuern billigern Rechte versteht, welches zu den Zeiten des spätern Modestins, vielleicht durch seine Auctorität, war eingeführt worden. Man glaubt, sogar schon die Inscription der L. 22. gebe dieses Mittel der Auflösung an die Hand. Diese lehre, daß das gedachte Fragment aus Modestins libro 7. *Differentiarum* entlehnt sey. Modestin habe nämlich daselbst von der Verschiedenheit des Falles gehandelt, ob der Schuldner Erbe des Eigenthümers, oder

6) in Explanat. difficillior. LL. Cod. ad L. 2. et 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. pag. 340.

7) De pignorib. Lib. II. cap. 4. nr. 8.

8) Antiaomiae pignor. Cap. 12. (in CONRADI *Parerg.* pag. 257.)

9) Thes. controversf. Decad. LXXIX. Th. 2.

10) Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 22. nr. 13. et 14.

11) Orat. de inscript. Legum §. 2. (in *Opusc.* p. 554.)

12) System des Pandectenrechts 2. B. §. 645. a. E.

der Eigenthümer Erbe des Schuldners geworden sey. In dem ersten Falle habe man schon zu Paulus Zeiten nicht mehr daran gezweifelt, daß die Verpfändung dadurch gültig geworden sey. Allein in dem letztern Falle habe damals die geschehene Verpfändung dadurch keine Gültigkeit erhalten. Jetzt aber, habe nun Modestinus hinzugefügt, gestatte man auch in diesem Falle dem Gläubiger wenigstens eine *actio hypothecaria utilis*. Die zu Paulus Zeiten bestandene Differenz sey also zur Zeit des spätern Modestinus aufgehoben worden. Allein hier wäre wohl erst noch die Frage zu erörtern, ob denn Modestinus wirklich ein späterer Jurist, als Paulus sey? letzterer war bekanntermaßen ein Zeitgenosse Ulpian's, welche beyde unter Alexander Severus lebten. Daß Modestinus aber zu eben der Zeit gelebt habe, ist leicht zu beweisen. Gewöhnlich setzt man ihn zwar unter dem Kaiser Gordian, welcher ihm mit Recht das Lob eines *Jurisconsultus non contemnendae auctoritatis* beylegt ¹³⁾. Allein Modestinus war schon weit früher bekannt. Denn Lampridius ¹⁴⁾ zählt ihn mit unter die Rätbe des Kaisers Alexander Severus; und Julius Capitolinus ¹⁵⁾ erzählt, daß er den Sohn seines Nachfolgers, des Kaisers Maximinus, unterrichtet habe. Ja Ulpian, der noch sein Lehrer war, nennt ihn bey Gelegenheit eines Rechtsfalles, wo Modestinus ihn consulirt hatte, ausdrücklich, wenn er *L. 52. D. de furtis* sagt: quod et *Herennio Modestino*, studioso meo, de Dalmatia consulenti, rescripti.

Guido Panz

13) *L. 5. Cod. ad exhibendum.*14) In *Alexandro Severo cap. ult.*15) In *Maximin. junior. cap. 1.*

Panziroli ¹⁶⁾, bemerkt hierbey, Modestini wäre damals Praefes Dalmatiae gewesen. Dagegen hat nun zwar Everhard Otto ¹⁷⁾ Verschiedenes erinnert; allein Johann van Nispen ¹⁸⁾ hat aus einer alten Inscription bey Sabrett ¹⁹⁾ die Richtigkeit jener Bemerkung ausser Zweifel gesetzt. Daß er eine Art von Gouverneur gewesen seyn müsse, erhellet schon daraus, weil mehrere Verordnungen der Kaiser Alexander und Gordian, an ihn gerichtet sind ²⁰⁾. Aus diesen Gründen kann also wohl hier das Zeitalter nichts entscheiden. Andere z. B. Anton Faber, Bachov u. s. m. wollen daher vielmehr darauf gesehen wissen, welche von beyden Meinungen der Rechtsanalogie am meisten entspreche, und geben in dieser Hinsicht dem Ausspruche des Paulus, daß keine hypothekarische Klage, auch nicht einmal eine actio utilis, in dem bemerkten Falle Statt finde, den Vorzug, und diese Meinung unterschreibe ich ohne Bedenken. Es ist freylich wahr, wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so tritt er auch in dessen Schuldverbindlichkeit ein. Es scheint also der Billigkeit gemäß zu seyn, daß, wenn er die Schuld nicht bezahlt, er gegen sich die hypothekarische Klage müsse gelten lassen. So dachte vermuthlich Modestini. Allein Paulus läugnet mit Recht die aus diesem Grunde abgeleitete Schlußfolge. Denn es ist, sagt er, zur Begründung

16) De claris Legum Interpretibus Lib. I. cap. 2. pag. 15.

17) Praefat. Tomi I. Thesauri iuris Romani pag. 22.

18) Diss. cit. ad Fragmenta Herennii Modestini. Cap. I. pag. 6.

19) Inscription. pag. 278.

20) L. 11. Cod. Ex quib. causis infam. irrogat. L. 1. Cod. Si certum petatur. L. ult. Cod. Si ex falsis instrum.

dung einer actio hypothecaria utilis noch nicht genug, daß derjenige Eigenthümer des Pfandes sey, der das darauf stehende Geld zu bezahlen schuldig ist. Es ist viel mehr ein großer Unterschied, ob der Schuldner und jetzige Eigenthümer die nämliche Person ist, welche die Verpfändung unternommen hat, oder ob es zwey verschiedene Personen sind. Denn wird derjenige belangt, der das Pfand selbst bestellet hat, und er setzt dem Kläger die Einrede entgegen, die Sache sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht sein Eigenthum gewesen, er habe sie daher auch nicht verpfänden können; so kann ihm der Kläger replizieren, daß ihm diese Einrede darum nicht zu statten kommen könne, weil er sich ja dadurch selbst einer Lüge bezüchtigt, indem er die Sache als die seinige verpfändet habe. Er kann also der Klage auf keine Weise ausweichen. *Nemo de suo mendacio excipere potest; et nemini sua fraus opitulari debet.* Diese Replik kann hingegen dem Eigenthümer nicht entgegengesetzt werden, welcher die Sache nicht verpfändet hat, sondern blos Erbe des Schuldners geworden ist, der die Sache ohne desselben Einwilligung verpfändet hat. Es findet daher gegen ihn auch nicht einmal eine actio utilis Statt. Dies ist unstreitig der wahre Sinn der von vielen mißverstandenen letztern Worte der *L. 41. D. de pign. act. Sed si convenisset de pignore.* etc. wie sie auch Pothier ²¹⁾ ganz richtig erklärt hat. Daß der billiger denkende Modestinus von der nämlichen actio hypothecaria utilis redet, welche Paulus dem Gläubiger geradezu abspricht, und nicht, wie viele glauben, von der actio pigneratitia contraria, erhellet auch noch insbesondere.

21) Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX, Tit. 1. Nr. XX, not. d.

sonderheit daraus, weil diese Klage einen Pfandcontract voraussetzt, welcher sich ohne Uebergabe der Sache nicht denken läßt. Allein in dem Falle, wovon die L. 22. spricht, war keine Sache zum Pfande gegeben, sondern durch bloßen Vertrag verpfändet, wie die Worte: *pignori obligaverit* nicht undeutlich zu erkennen geben ²²⁾.

§. 864.

Der Pfandcontract ist ein accessorischer Contract.

Der Pfandcontract setzt jederzeit das Daseyn einer Hauptschuld voraus, zu dessen Sicherheit er gereichen soll. Er ist daher nichtig, wenn nie eine gültige Schuld vorhanden war ²³⁾, und erlischt, wenn die vorhanden gewesene Schuld getilgt ist ²⁴⁾. Daß die Hauptverbindlichkeit vollkommen wirksam und klagbar seyn müsse, wird zur Gültigkeit desselben nicht erfordert; es kann auch wegen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit eine gültige Verpfändung Statt finden ²⁵⁾. Folgende Gesetze stellen uns hieran nicht zweifeln. *L. 5. pr. D. de pignoribus: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, vel tantum naturali. L. 14. §. 1. D. eodem. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit;*

22) C. POTHIER. c. loc. not. e.

23) *L. 11. §. 2. et 3. in fin. D. h. t. L. 2. D. Quae res pignori vel hypoth. datae. L. 1. et 2. Cod. Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.*

24) *L. 9. §. 3. 4. et 5. L. 11. §. 1. et 5. D. h. t.*

25) Man vergleiche hier vorzüglich WEBER'S systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 103. ff.

stitit; und *L. 101. §. 1. D. de solutionib.* PAULUS respondit, — cum creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, *quas natura tantum debebatur.* Es muß nur freylich die natürliche Verbindlichkeit nicht durch die bürgerlichen Gesetze völlig vernichtet und reprobirt worden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit für durchaus ungültig erklärt, oder das Geschäft schlechthin verboten, zu dessen Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, so ist auch das Pfandrecht, als ein blos accessorisches Recht, in der Regel ungültig. Daß dem vermeinten Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen könne, versteht sich wohl von selbst ²⁶⁾. Allein es fragt sich, ob nicht der Gläubiger das ihm übergebene Pfand herausgeben müsse? Es kommt hier darauf an, ob die Zurückforderung des Bezahlten wegen der Hauptschuld Statt hat, oder nicht. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegensehen, weil ihm dieses zum Zweck einer Zahlung gegeben worden ist, welche er den Rechten nach nicht behalten darf ²⁷⁾. Dieß ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld ²⁸⁾, imgleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwenker ²⁹⁾, oder von einem Pupillen ohne Auctorität seines Vormunds ³⁰⁾, oder von einer Frauens-

perso

26) Arg. *L. 127. D. de Verb. obligat.*

27) *L. 3. §. 3. D. de condict. sine causa.*

28) *L. 3. Cod. de aleator.*

29) *L. 10. pr. D. de curat. furios. L. 6. D. de verbor. obligat. L. 40. D. de div. iuris.*

30) *L. 1. pr. D. de pignorib. L. 1. §. ult. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt.*

person zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind³¹⁾). In dem letztern Falle hingegen kann demjenigen, welcher das Pfand dem Gläubiger wissenlich übergeben hat, die Zurückforderung desselben nicht gestattet werden. Dies ist der Fall, wenn beide Theile der Gläubiger und Schuldner sich in pari turpitudine befinden, und die Regel: *possessoris melior est conditio*, eintritt³²⁾). Ist nicht das ganze Versprechen, wofür die

Weber

31) L. 32. §. 1. D. ad SCtum Vellejan. L. 5. et 7. Cod. de pignorib.

32) L. 2. Cod. de condict. ob turpem causam. L. 3. et 8. D. eodem. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 825. S. 54. ff. besonders aber Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 105. Anderer Meinung sind zwar Guil. FORNERIUS in Anacnom. pignorum §. 13. (in CONRADI Parerg. pag. 258.) und THIBAUT im Syst. des P. R. 2. Theil. §. 636. Allein die L. 33. D. de pignoribus worauf sie sich berufen, gehört nicht hierher. Es ist daselbst bloß von einem solchen Falle die Rede, wo das Pfand nicht dem Gläubiger, sondern dem adjecto solutionis gratia war gegeben worden. Einem solchen adjectus konnte zwar der Schuldner Zahlung leisten, und er wurde hierdurch ipso iure von seiner Verbindlichkeit frey. Denn der Gläubiger mußte nun mit der *actio mandari* gegen den adjectus, als seinen Bevollmächtigten, klagen. §. 4. l. de inutilib. stipulat. Allein konnte der adjectus gleich die Zahlung annehmen, so konnte er doch, da er nicht der Gläubiger war, von dem Schuldner so wenig ein Pfand, als einen Bürgen annehmen. L. 33. D. cit. L. 23. D. de fideiuss. Daraus erklärt sich denn, warum zwar das ihm gegebene Pfand, nicht aber die ihm geschehene Zahlung zurückgefordert werden konnte. S. Greg. MAJANSII Diss. de adjecto solutionis gratia. (in eius Disputat. iur. civ. T. I. Disp. VIII.)

Verpfändung geschehen ist, sondern nur insofern ungültig, als es eine gewisse Summe überschreitet, wie z. B. im Falle eines verbotenen Zinswuchers, desgleichen einer nicht gerichtlich insinuirten Schenkung unter den Lebenden, welche die Summe von 500 Solidis übersteigt; so ist die Verpfändung wenigstens für den gültigen Theil der Hauptschuld für zu Recht beständig allerdings zu halten, und daher nur insofern unwirksam, als die Forderung die gesetzliche Summe übersteigt, und daher selbst die natürliche Verbindlichkeit wegfällt³³⁾. Gestatten hingegen die Gesetze dem Gläubiger wegen der Hauptschuld nur keine Klage, ohne jedoch der natürlichen Verbindlichkeit die übrigen Wirkungen zu entziehen, wie z. B. in dem Falle, da der Gläubiger einem Filiusfamilias ohne Einwilligung seines Vaters baar Geld creditirt hat, und also der Forderung desselben das Senatusconsultum Macedonianum entgegen steht; so kann zwar dem Gläubiger auch wegen des Pfandes die hypothekarische Klage nicht zustehen, weil diese in der That auf dasjenige abzielt, was die Gesetze dem Gläubiger nicht zugestehen wollen. Insofern jedoch der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann er sich nicht nur durch das Retentionsrecht helfen³⁴⁾, sondern er kann sich auch, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, durch Ver-

auf.

VINIUS in Comm. ad §. 4. I. de inutil. stipulat. n. 5. sqq.
 und POTIERA Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. I.
 Nr. XXI. not. f. et g.

33) L. 29. D. de usuris. L. 27. Cod. eodem. L. 11. §. 3. D. de
 de pignor. act. Weber a. a. D. §. 106.

34) L. 11. Cod. de usuris. L. 101. D. de solut. L. us. Cod.
 Etiam ob chirographar. pecuniam pignus.]

aussprechung der Sache bezahlt machen³⁵⁾. Es finden also hier nur diejenigen Rechtsmittel statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen³⁶⁾. Uebrigens kann die Verpfändung für eine jede Art von gültiger Schuld geschehen, sie rühre aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict her; es wird jedoch in dem letztern Falle vorausgesetzt, daß blos vom Ersatz des Schadens, oder von Bezahlung einer Geldstrafe die Rede sey³⁷⁾. Zuweilen kann aber auch bey solchen Vergehungen, die nicht zu den schweren peinlichen Verbrechen gehören, die Verhaftung des Angeschuldigten durch eine Bestellung solcher Pfänder abgewendet werden, deren Verlust für den Angeschuldigten empfindlicher, als das Unterwerfen unter die Strafe, seyn würde³⁸⁾. Daß auch für eine noch künftige oder bedingte Forderung Pfänder gegeben werden können, z. B. auf den Fall der Entwähnung einer erkauften Sache, leidet keinen Zweifel. Marcian sagt dieses ausdrücklich *L. 5. pr. D. de pignorib. et hypoth.* *Res hypothecae dari posse, sciendum est, pro quacunque obligatione: — sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione; et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et futuras obligationis nomine dari possunt.* Die Hypothek kann indessen freylich der Gläubiger in diesem Falle nicht eher verfolgen, als wenn die Schuld zur

35) *L. 8. §. 5. D. h. t. L. 101. §. 1. D. de solut.*

36) *S. Weber a. a. O. §. 107. und 108.*

37) *ВАСНОВ de pignorib. et hypothec. Lib. II. esp. 1. nr. 5.*

38) *S. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 484 und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 4. Theil. §. 684.*

zur Existenz kommt. Nur in dem Falle, da Gefahr eintritt, die Sicherheit zu verlieren, z. B. wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und dem Gläubiger daran liegt, wenigstens den Besitz des Pfandes einswellen zu seiner Sicherheit zu erhalten, ist der Gläubiger befugt, auch ehe noch die Schuld selbst erigibel ist, seine Hypothek geltend zu machen³⁹⁾. Folgende Gesetze bestätigen dieses ganz deutlich. *L. 13. §. 5. D. eodem.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur. Sed si sub conditione debiti conditio venerit. rursus agere poterit. *L. 14. D. eodem.* Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, *dandam pignoris persequutionem: quia interest mea.*

So gewiß es nun aber ist, daß ohne das Daseyn einer Hauptschuld kein Pfandrecht Statt finden kann; eben so wenig ist zu läugnen, daß dasselbe, wenn es einmal gültig bestellt worden ist, fortbauernnd bleibe, und daher, sofern der Gläubiger im Besitz des Pfandes ist, geltend gemacht werden könne, gesetzt auch, daß die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung erloschen seyn sollte. Es sagt dieses nicht nur *L. 2. Cod. de luitione pignor.* ganz deutlich, worin es heißt: *Intelligere debes, vincula pignoris durare; personali actione submota*; sondern es erhellet dieses auch schon daraus;

39) *S. Westphal's Pfandrecht §. 269. und Not. 299. desgleichen Io. Frid. DANN Commentar. de pignore debito futuro accedente. Tubingae 1790. 8.*

raus, weil das Wesen des Pfandes weiter nichts voraussetzt, als das Daseyn einer Verbindlichkeit, welche an sich nicht aufhört, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klage nicht verfolgt werden kann ⁴⁰). *Submoveri enim potest actio*, sagt Uveranius ⁴¹) ganz richtig, *etiamsi non sit sublata principalis obligatio*. — *Perseverante autem naturali obligatione, perseverat et pignus, licet sublata sit civilis obligatio* ⁴²) — *Existimo tamen, laudatam l. 2. Cod. de luit. pigner. referendam esse ad praescriptionem actionis*. Hoc enim casu proprie dicitur *actio submoveri* ⁴³). *Submota autem actione per lapsum temporis, durant vincula pignoris* ⁴⁴); quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio; cum tempus non sit modus finiendae obligationis ⁴⁵). Nach dieser Erklärung steht also die *L. 2. cit.* mit der Analogie in vollkommenen Einklange, und es ist gar nicht nöthig, mit Doneau ⁴⁶) durch Einschlebung der Negation zur Verbesserung des Textes unsere Zuflucht zu nehmen *).

§. 865.

40) Weber a. a. O. §. 104.

41) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20.

42) L. 14. §. 1. D. de pignorib.

43) L. 21. Cod. de eviction.

44) L. 59. pr. D. ad Sctum Trebell. L. 30. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 3. iuncta L. 7. §. 1. Cod. de praescript. trig. vel quadrag. annor.

45) L. 44. §. 1. D. de obligat et action. Man sehe auch *ВАСНОВИУС* de pignorib. Lib. V. cap. 3.

46) Commentar. in Lib. VIII. Cod. Tit. 31. pag. 659.

*) Man sehe noch *Casp. SCHIFFORDNER* ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4. §. et 6.

§. 365.

Verpfändung einer fruchttragenden Sache.

Der Pfandcontract giebt bloß dem Gläubiger ein Recht das Pfand zu seiner Sicherheit zu besitzen, und, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, daraus durch Verkauf desselben seine Befriedigung zu suchen. Das Eigenthum der Sache geht also dadurch so wenig auf den Gläubiger über, als er dadurch ein Recht erhält, die Sache zu gebrauchen⁴⁷⁾. Der Besitz des Pfandgläubigers ist zwar ein wahrer juristischer Besitz, der ihm das Recht der Interdicte giebt⁴⁸⁾. Es ist aber doch nur ein natürlicher Besitz, der allen animus domini ausschließt, und auch kein Recht zur Usucapion giebt⁴⁹⁾. Daher sagt Nemi-
lius Macer L. 15. §. 2. D. Qui satisdare cogantur,
ausdrücklich: Creditor, qui pignus accepit, possessor non
est,

47) Bey dem alten römischen contractus fiduciae war es freylich anders, wie oben gezeiget worden ist. Auch etwas Eigentümliches bey dem alten deutschen Pfandcontract war es, daß der Gläubiger die Nutzung des Pfandes erhielt. Daß aber auch das Eigenthum der verpfändeten Sache auf ihn übergegangen sey, läßt sich nicht allgemein behaupten. S. Ioach. POTTGIESSER Comm. de indole et natura pignoris, quoad ius gentium, iura et consuetudines Germaniae. Marburgi 1729. 4. Chr. Gottl. RICCI Comm. de dominio pignoris germanici. Gothae 1747. 4. und Joh. Gottl. de HACKEMANN Diss. de dominio translato in pignore germanico. Francoforti cis Viadrum 1763.

48) L. 16. D. de usurpat et usucap. L. 1. §. 9. P. de vi.

49) L. 3. §. 15. D. ad exhib. L. 23. D. de usurpat. et usucap. von Savigny Recht des Besitzes. §. 7. S. 46. ff. und §. 9. S. 108.

est, tametsi possessionem habeat. Ohne Zweifel soll hier das Wort *possessor* in der Verbindung, in welcher es hier gebraucht wird, nichts anders, als Eigenthümer heißen⁵⁰⁾. Gebraucht der Gläubiger ohne Wissen und Willen des Schuldners die ihm verpfändete Sache, so mache er sich eines Diebstahls schuldig⁵¹⁾, und muß allen dadurch dem Schuldner zugesügten, selbst zufälligen, Schaden ersetzen.

50) Man sieht dies aus L. 15. §. 1. D. *Qui satisfacere cog.* wo *Macer* sagt: *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet. — Sed et, qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usufructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit.* S. von *Savigny* im angef. Buche §. 7. S. 85. nr. 3.

51) L. 54. pr. D. *de furtis.* Si pignore creditor utatur, furti tenetur. — §. 6. I. *de obligat. quae ex delicto nasc.* Sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, — furtum committit. — Hierher kann auch *Art. 170.* der *P. S. D. Karls V.* gezogen werden, wo es heißt: Welcher mit eines Andern Gütern, die ihm in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben seyn, williger und gefährlicher Weise dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen. Zwar erklärt man diese Stelle gewöhnlich von einem Depositar. Allein daß sie auch auf einen Pfandgläubiger, der mit dem ihm zur Sicherheit gegebenen Pfande unredlich umgeht, bezogen werden könne, hat *Krass* in *Comm. ad h. Artic. pag. 615.* gezeigt. Man sehe hier auch vorzüglich *Lud. Frid. Briesingers* *Commentar über das Württembergische Landrecht.* 1. Band 2. Th. 7. Tit. §. 125. S. 408. f.

sehen⁵²⁾. Wird daher dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfand eingeräumt, so darf der Gläubiger die Früchte der Sache nicht als Nebengewinn ansehen, sondern er muß dieselben zuerst auf die Zinsen, so fern nämlich ein rechtlicher Grund derselben vorhanden ist, und nächst dem auf das Kapital abrechnen. Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 1. Cod. h. t. Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum: qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio, et redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt, redduntur; videlicet mota actione pignoratitia.

L. 2. Cod. eodem. Quod ex operis ancillae⁵³⁾, vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: debiti quantitatem relevabit.

L. 3. eodem. Creditor, qui praedium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet.

L. ult. Cod. eodem. Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ut residuo debito soluto, — pignora, quae in eadem causa

52) *S. Aug. Frid. schött Diss. de furto tñus. Lipsiae 1777.*

§. 19. *HOMMEL Rhapsod. quaestio. for. Vol. II. Obs. 269.*

Carl Ritten Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Th. S. 177. ff. und Fratr. BECMANNORUM

Consil. et Decision. Vol. I. Consil. 39. nr. 12.

53) *Sklavendienste werden den Früchten gleichgeachtet. L. 3. et 4. D. de operis servorum.*

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

causa durant, restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur.

L. 1. Cod. de distract. pignor. Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum consecutus est: quum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

L. 2. Cod. de partu pignoris et omni causa. Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, in usuras (si promissae sunt) computatis, et post in sortem: extenuato debito residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis Praefes provinciae restitui iubebit.

Cujaz⁵⁴⁾, dem mehrere⁵⁵⁾ hierin Beyfall geben, will zwar behaupten, der Gläubiger dürfe auch in dem Falle, da keine Zinsen versprochen worden, dennoch von den Früchten soviel behalten, als die gesetzlichen Zinsen aus-

54) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

55) *Ant. FABER* Error. Pragmaticor. Decad. IX. Err. 5. *Em. MERILLIUS* Observation. Lib. VIII. cap. 23. *Lud. VITALIS* Lection. Variar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. §. 5. sqq. (in *Eu. OTTONIS Thes. iuris Rom.* T. II. pag. 678.) *Ulr. HUBER* Eonomia Rom. ad L. 8. D. In quib. caus. pignus. pag. 735. sq. *Io. VOET* Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 23. *Ger. WOODT* de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XV. §. 11. *Ant. SCHULTING* Thes. controversi. Dec. LXXIX. Th. 9. *Westphal Pfandrecht* §. 67. und *THIRAUT* Syst. des P. R. 2. B. §. 653.

ausmachen würden. Man sagt, daß durch die Einräumung eines fruchttragenden Unterpfandes eine antichresis tacita, d. i. ein stillschweigender Vertrag geschlossen werde, vermöge welchen dem Gläubiger für den Gebrauch des Kapitals, statt der gesetzlichen Zinsen, ein Äquivalent an Früchten verwilliget worden sey. Allein nicht ohne Grund wird diese Meinung von andern ⁵⁶⁾ verworfen. Es kommt hier alles auf den richtigen Sinn der *L. 8. D. in quibus causis pignus tacite contrah. an.*, worauf sich haupt-sächlich Cujaz beruft. Hier sagt Paulus: *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.* Es ist wohl kaum noch bemerkenswerth, daß die Richtigkeit der Lesart der Emendation eines Franz Hotomans nicht bedarf, welcher bekanntermaßen: *cum debitor non gratuita pecunia utatur*, gelesen wissen will;

D 2

nach

56) *Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestio. Lib. II. cap. 7. Reink. BACHOVIVS de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 14. Claud. SALMASIVS de modo usurarum cap. 14. pag. 629. Franc. HOTOMANNUS Observation. Lib. I. cap. 4. Greg. MAJANSIVS Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput. IV. §. 33. pag. 87. Sam. de COCCEJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 4. Io. Henr. Christ. ERILEBEN Princip. de iure pignorum §. 111. Christ. Fried. Sonne von Lüttichau vermischte jurist. mathemat. Abhandlungen (Altona 1769.) Nr. I. Untersuchung der Lehre vom nützlichen Unterpfand. S. 19. ff. Georg Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichresischen Verfaße. Gießen u. Darmstadt 1802. S. 232. ff. Carl. HANCKER Diss. de vera indole et natura antichrescos. Giffae 1783. §. 8. und Io. Jac. REES Commentat. ad Legem VIII. Digestorum in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrahitur. Lipsiae 1811.*

nachdem schon längst Johann Robert ⁵⁷⁾, Gerhard Voodt ⁵⁸⁾, Anton Faber ⁵⁹⁾ und Siegmund Reinh. Jauch ⁶⁰⁾ solche mit Recht verworffen haben, obwohl Salmasius ⁶¹⁾ und Conrad Wilh. Streckker ⁶²⁾ ihr dennoch ihren Beyfall nicht versagen konnten. Alle bis jezt bekannte Handschriften und Ausgaben widersprechen laut, und auch die Basiliken ⁶³⁾ bestärken die gemeine Lesart. Es ist auch hier der Fall gar nicht, daß man genöthiget wäre, zu einer so verzweifelten Conjectur seine Zuflucht zu nehmen. Nöthiger ist es, zuvörderst auszumachen, was Paulus unter der *pecunia gratuita* verstanden wissen will. Cujaz erklärt sich darüber auf folgende Art: *Utitur debitor mea pecunia gratuito, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus percipiam, et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Quodsi foeneratitia fuisset pecunia, fructus perceptos creditor foenori primum, deinde forti imputaret.*

57) Lection. receptar. Lib. I. cap. 14.

58) De foenore et usuris Lib. II. cap. 9.

59) De Errorib. Pragmaticar. Decad. IX. Err. 5.

60) De negationibus Pandectar. Florentin. Cap. XIV. 7.

61) De modo Usurarum. Cap. 14.

62) Diss. de pacto antichretico. Erfordiae 1726. §. 15.

63) Tom IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 8. pag. 50. *Εάν ὁ χρεώστης ἄτοκον ἔχη τὸ χρέος, δύναται παρακρατεῖν ὁ δανειστής ἐν τῶν καρπῶν μέχρι τοῦ νομίμου τόκου.* i. e. *Si debitor gratuitam habeat pecuniam, creditor de fructibus usuras usque ad legitimum modum retinere potest.*

ret ⁶⁴⁾.: *Gratuita pecunia est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit; si modo et de usuris nihil convenerit.* Wenn man glaubt, daß es nur denn widersprechend seyn würde, wenn der Gläubiger von einem Kapital, welches der Schuldner, vermöge einer ausdrücklichen Uebereinkunft, ohne Verzinsung gebrauchen sollte, gleichwohl Früchte auf die Zinsen solle abrechnen dürfen; so wollen auch andere, z. B. Stryk ⁶⁵⁾, Böhmer ⁶⁶⁾, Engelbrecht ⁶⁷⁾, Menten ⁶⁸⁾, und unser Zellfeld, unter der *pecunia gratuita* einen solchen Geldvorstoß verstehen, wobey wegen der Zinsen nichts Ausdrückliches verabredet worden ist. Allein da sich auch hierdurch der Widerspruch noch nicht vollkommen heben läßt, so erklärt Ernst Alexander Pagenstecher ⁶⁹⁾ die *pecunia gratuita* von einer *pecunia commodata*. Denn daß auch Geld der Gegenstand des Leihcontractes seyn könne, ist bekannt, z. B. wenn es bloß zur Prahlerey geliehen wird ⁷⁰⁾. Hat nun aber dennoch der Commodatar das Geld gegen die Absicht des Contractes gebraucht, und consumirt, so müsse er es dem Verleiher mit Zinsen erstatten. Denn der Leihcontract sey ein

bonae

64) L. 2. Cod. de pactis pignorum.

65) Ul. mod. Pand. h. t. §. 4.

66) Introd. in ius Dig. h. t. §. 9.

67) Diff. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Helmst. 1724. §. 5.

68) Diff. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. Lipsae 1745. §. 2. in fin. (in Opuscul. pag. 236.)

69) Observation. legalium libr. sing. Wetzlarum 1724. 4. Observat. VI. pag. 25.

70) L. 3. §. 6. L. 4. D. Commodati.

bone fidei Contract, und in solchen Contracten könnten ohne Bedenken Zinsen gefordert werden. Habe nun der Verleiher von dem Entlehner eine fruchttragende Sache als Pfand inne, sie sey ihm entweder wegen der pecunia commodata, oder wegen einer andern Schuld eingeräumt, oder auch stillschweigend verpfändet, so könne er sich aus den Früchten des Pfandes auch wegen der Zinsen bezahlt machen. Allein weder diese, noch die erstere Erklärung ist anzunehmen. Es kommt hier lediglich auf den Sprachgebrauch der Gesetze an. Nach diesem aber heißt *pecunia gratuita* nichts anders, als ein solches Kapital, welches der Gläubiger dem Schuldner ohne Verzinsung dargeliehen hat, oder, wie Brisson⁷¹⁾ sagt: Pecunia, quae sine usuris debetur. Es erhellet dieses nicht nur aus L. 10. §. 8. D. Mandati, wo Ulpian sagt: Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat SINE USURIS, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret; sondern es ist auch überhaupt bekannt, daß das Wort *gratuitum* immer als Epitheton Desjenigen gebraucht wird, wofür keine Vergeltung gegeben wird⁷²⁾. Ist nun dieses ausser Zweifel, so läßt sich der Widerspruch, daß der Gläubiger von einem ohne Zinsen

71) De Verbor. Significat. voc. *Gratuitus*.

72) B. B. gratuita habitatio. L. 28. §. 2. D. Locati. L. 17. pr. D. praeser. verbis. gratuita legatio. L. 2. §. 1. D. de legation. gratuitum mandatum. L. 1. §. 4. D. mandati. gratuita opera. L. 1. §. 17. et 18. L. 5. pr. D. de exercitor. acc. gratuita libertas. L. 1. Cod. de libert. et eorum liber.

gen dargeliehenen Kapital gleichwohl Früchte auf Zinsen abzurechnen befugt seyn solle, auf keine Weise lösen. Ein stillschweigendes Zinsenversprechen läßt sich auch aus der Verpfändung einer fruchttragenden Sache um so weniger folgern, je deutlicher die oben angeführten Gesetze verordnen, daß, wenn keine Zinsen versprochen sind, die Früchte bloß auf das Kapital abgerechnet werden sollen. Hierzu kommt, daß auch schon die Natur des Darlehens; als eines Realcontractes, ein solches stillschweigendes Zinsenversprechen anzunehmen, nicht gestattet, wenn man erwägt, daß nach dem römischen Rechte auch sogar ein ausdrückliches Versprechen der Zinsen beim Darlehn nicht galt, wenn nicht durch Stipulation eine nova obligatio war begründet worden ⁷³). Hätte das Gesetz dem Gläubiger der nicht versprochenen Zinsen wegen ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten des Pfandes geben wollen, wie man vielleicht aus der Überschrift des Titels, unter welchen die L. 8. D. in quib. causis pignus tacite contrahitur gestellt ist, schließen möchte; so würde es gewiß dem Gläubiger keine bloße Retention, sondern eine dem Pfandrecht eigene Persecution gestattet haben, wie Cujaz selbst an einem andern Orte ⁷⁴) sehr gut zu unterscheiden wußte. Auf den Umstand, daß Tribonian die L. 8. unter den Titel in quibus causis pignus etc. gesetzt hat, läßt sich also wohl mit Cujaz kein sonderliches Gewicht legen, zumal da wir Stellen genug im corpus iuris haben; welche

73) L. 24. D. de praescript. verbis. L. 1. 3. 4. et 7. Cod. de Ufur. S. BOEHMER Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuae. §. 10. sqq. (Exercitat. ad Pand. Tom. IV.)

74) Observat. Lib. XV, esp. 22.

welche aus ihrem Zusammenhange gerissen, an Orte gepflanzt worden sind, wo sie eigentlich gar nicht hingehören. Es ist auch dieses hier um so mehr auffallend, als in der Aeußerung des Paulus kein Gedanke von einem stillschweigenden Pfandrechte vorkommt. Selbst der griechische Scholiast, ohnerachtet seine Erklärung der Cujas'schen sehr nahe kommt, sagt nichts davon⁷⁵). Wenn wir indessen gleichwohl sehen, daß Paulus dem Gläubiger bey einem ohne ein Zinsenversprechen geschenehen Veldporschusse gestattet habe, die gesetzlichen Zinsen an den Früchten der verpfändeten Sache zurück zu behalten, so kann man wohl nicht anders glauben, als daß Paulus im Zusammenhange der Stelle, den uns Tribonian entzogen hat, von dem Falle geredet haben müsse, wo sich der Schuldner in Wiederbezahlung des ohne Verzinsung empfangenen Anlehns eines rechtswidrigen Verzugs schuldig gemacht hat. Auf solche Art hängt auch diese Stelle mit einer andern, welche aus demselben *Libro II. Sententiarum* des Paulus genommen ist, nämlich der *L. 7. D. de pign. act.* genau zusammen, worin es heißt: *Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Sehr natürlich läßt

75) *Basilica T. IV. pag. 52. Καὶ πάλιν σημειώσαι ὅτι ὁ δανεισας καὶ λαβὼν πρῶγμα εἰς ἐνέχυρον, κἂν μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τῶνων, ὁμῶς λαμβάνει τοὺς καρποὺς τῆ πρᾶγματος ὄνχι πάντας, ἀλλ' ἄχρι τῶν λογισμῶν τῶνων. l. c. Item nota, creditorem, qui rem pignori accepit, licet pactus non sit, ut vice usurarum fructus perciperet, nihilominus eos percipere, ad modum scilicet usurarum legitimam.*

läßt sich hieran unsere L. 8. reihen, mit welcher sie dieselbe auf folgende Art zusammenhängt: *Sic etiam cum debitor gratuita pecunia utatur, (sofern er sich nämlich gleichfalls eines Verzugs schuldig gemacht hat) potest creditor de fructibus rei sibi pignoratitae ad modum legitimum usuras retinere.* Die Worte: *ad modum legitimum* gehen also auf das gesetzliche Quantum der Verzugszinsen. Könnten nun auch gleich Verzugszinsen beim Darlehn nach dem römischen Rechte nicht mit der *actio mutui* gefördert werden, so hatte doch deswegen eine Retention um so mehr statt, als es schon die Natur des Pfandrechts mit sich bringt, daß es den Gläubiger auch gegen den ungebührlichen Verzug von Seiten des Schuldners in Sicherheit setzen soll⁷⁶⁾.

§. 866.

Rechte des Pfandgläubigers.

Außer dem juristischen Besitz, welcher durch den Pfandcontract auf den Gläubiger übertragen wird, und vermöge dessen er auch, wie bereits oben bemerkt worden, wegen jeder andern Forderung, wofür ihm die Sache nicht verpfändet ist, bis zu seiner völligen Befriedigung, das Retentionsrecht ausüben kann⁷⁷⁾, hat der Pfandgläubiger überhaupt noch folgende Rechte. Er kann nämlich I) die ihm verpfändete Sache, wosfern nicht ein Anders ausdrücklich verabredet worden ist, seinem eigenen Gläubiger

76) L. 22. *Cod. de Usur.* S. *Iust. Henn.* BOEHMERI *Diff. de usuris pecuniae mutuatitiae.* §. 15. und WEBER'S *Besuche über das Civilrecht.* S. 175.

77) L. un. *Cod. Etiam de chirographariam pecun.*

wieder verpfänden ⁷⁸⁾. Der zweyte Pfandgläubiger kann dann an dem ihm überlassenen Pfande eben die Rechte ausüben, die sonst einem Pfandgläubiger zustehen ⁷⁹⁾. Nur kann freylich der erste Pfandgläubiger auf den zweyten weder der Dauer, noch dem Umfange nach mehr Rechte übertragen, als ihm selbst an der verpfändeten Sache zukommen ⁸⁰⁾. Ist daher demselben bloß der Nießbrauch eines Grund-

78) L. 1. Cod. Si pignus pignori datum. Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iam dudum placuit; scilicet ut sequenti creditori utilis actio (i. e. hypothecaria) detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat, (b. i. der Magistrat, welcher das Richteramt bekleidet,) teneatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. S. IAN. LECTII ad Modestinum de poenis lib. un ad L. 4. D. de crim. stellionat. (in Ev. OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. p. 242. §. Casterum.)

79) L. 13. §. 2. D. de pignorib. Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur. (b. i. so lange der Schuldner seinem Gläubiger, welcher das Pfand weiter verpfändet hat, noch nicht Zahlung geleistet hat,) pignus secundo creditori tenetur: et tam *exceptio*, (nämlich wenn der zweyte Gläubiger in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und das Pfand vor getilgter Schuld zurückgefordert wird. Hier kann er sich mit der Einrede des ihm zustehenden Pfandrechts sowohl gegen seinen Schuldner, als gegen den ersten Verpfänder schützen) quam *actio utilis* ei danda est. Die *actio utilis* ist hier die hypothekarische Klage, welche ihm in dem Falle zusteht, da er nicht in dem Besitz des Pfandes ist. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 63. pag. 235. sqq.

80) L. 54. D. de div. reg. iuris. Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habere.

Grundstücks verpfändet, so kann er seinem Gläubiger nicht auch die Proprietät verpfänden⁸¹⁾; und ist der erste Pfandgläubiger befriediget, so hört auch das Pfandrechte des zweyten Gläubigers auf, und er kann dem Eigenthümer die Herausgabe des Pfandes nicht vorenthalten⁸²⁾. Es fragt sich aber, ob nicht dem zweyten Gläubiger dasjenige, was der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, bezahlet hat, als Pfand hafte, und ihm deshalb die hypothekarische Klage gegen den ersten Gläubiger, als seinen Schuldner, zu gestatten sey? Es ist ein Unterschied zu machen, ob die Schuld des erstern Verpfänders in Gelde, oder in andern Sachen bestand, welche derselbe seinem Gläubiger zu leisten hatte. In dem erstern Falle kann der zweyte Gläubiger an dem bezahlten Gelde kein Pfandrechte ausüben, sondern der erste Gläubiger wird solches zu seiner Befriedigung behalten. In dem letztern Falle aber tritt die dem ersten Gläubiger von seinem Schuldner gegebene Sache an die Stelle des durch Befriedigung desselben besreyeten Pfandes, und

81) *L. 6. Cod. de Usufructu.* Nam usufructuarius quidem proprietatem pignolare non potuit. — *L. 1. Cod. Si pignus pignori.* Sed si vos usufructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alli eam possessionem (i. e. fundum) cuius usufructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit.

82) *L. 40. §. 2. D. de pignorat. act.* Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius praestare cogitur. *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secunq̄i pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.*

und der zweyte Gläubiger kann mit der *actio hypothecaria* deren Ablieferung von Rechtswegen verlangen. Denn die Verpfändung eines Pfandes ist gerade so zu betrachten, als wenn diejenige Forderung, weshalb dem verpfändenden Gläubiger das Pfand angewiesen war, selbst verpfändet worden wäre ⁸³⁾. Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß

83) Dies scheint mir der Sinn der etwas dunkeln Worte *Marci* zu seyn, wenn er *L. 13. §. 2. D. de pignorb.* sagt: *Quodsi dominus* (nämlich der erste Schuldner, und Verpfänder) *solverit pecuniam, pignus quoque perimitur* Sed potest dubitari, numquid *creditori*, (nämlich dem zweyten Gläubiger) *nummorum solutorum nomine, utilis actio* danda sit, an non? (Offenbar ist hier die Rede von einer Zahlung, die dem ersten Gläubiger geschehen ist. Es ist daher die Erklärung der Glosse, die das *solutorum* durch *solvendorum* erklären will, nach meiner Ansicht, unrichtig. Die folgenden Worte streiten offenbar dagegen) *quid enim, si res soluta fuerit?* (dem ersten Gläubiger war also wirklich die Schuld bezahlt) *et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.* Der Fall, von welchem Pomponius hier spricht, war eigentlich von dem des *Marci* verschieden; denn dort zahlte der Schuldner dem zweyten Gläubiger, hier zahlte er dem ersten Gläubiger. Allein darin kommen doch beyde Fälle überein, daß wenn der erste Schuldner die Schuld in Gelde bezahlt hat, kein weiteres Pfandrecht darauf haftet, es sey dem ersten, oder dem andern Gläubiger die Zahlung geleistet worden. Man sehe über diese dunkle Stelle vorzüglich *Emund. MERILLII* *Observation. Lib. VII. Cap. 35.* und *Westphals Pfandrecht* §. 142. und 144. *Not. 166. S. 206. f.* Die *Vaslikens* geben hier keinen Aufschluß.

daß der zweyte Gläubiger, so lange der erste Gläubiger von seinem Schuldner, als dem ersten Verpfänder, noch nicht befriediget worden ist, auch eben sowohl gegen diesen mit der *actio utilis* auf die Bezahlung der Schuld klagen könnte⁸⁴); als es auch umgekehrt dem ersten Schuldner frey stehen würde, die Schuld dem zweyten Gläubiger zu bezahlen, und dadurch das Pfand freyzumachen⁸⁵). Ja
es

84) Denn da der Pfandgläubiger, dem von seinem Schuldner ein diesem gegebenes Pfand verpfändet worden, wie ein solcher anzusehen ist, der eine Schuldforderung zum Unterpfande erhalten hat: (S. Westphal a. a. O. S. 206.) so findet auch hier die *L. 4. Cod. Quæ res pignori* Anwendung. Enslin ad *L. 18. de pigner. act. ad Pauli librum XXII. ad Edictum*, dem auch Ant. SCHÜLTING *Thef. controuv. Dec. LXXVIII. Th. 5.* bestimmet, hält zwar die bey der Verpfändung einer Schuldforderung dem zweyten Gläubiger zustehende *actio utilis* für die hypothetarische Klage. Allein man kann auch eben sowohl behaupten, es sey diejenige Klage, welche der erste Gläubiger gegen seinen Schuldner hätte anstellen können. *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* S. VOZT *Commentar. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 1. §. 17.* und Westphals *Pfandrecht* §. 141. S. 204.

85) Von diesem Falle kann *L. 2. Cod. Si pignus pignori datum* sehr wohl verstanden werden, wo es heißt: *Si creditor possessionem, quæ a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori (nämlich dem ersten Gläubiger) debetur, intercessu præfidis provincie recuperare*, wie auch SACHOV *de pignorib. Lib. II. cap. 9. pag. 128.* mit Recht behauptet. Mehr, als er seinem Gläubiger schuldig ist, braucht jedoch der erste Verpfänder dem zweyten Gläubiger nicht zu bezahlen, wenn auch desselben Forderung an seinen Schuldner, oder den ersten Gläubiger, größer wäre.

es darf nicht einmal der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, mehr Zahlung leisten, wenn er von der geschehenen weitem Verpfändung seiner Sache benachrichtiget worden ist⁸⁵). Der Gläubiger hat ferner II. das Recht, wenn keine Bezahlung erfolgt, das Pfand zu verkaufen⁸⁷), und aus dem daraus gelösten Gelde sowohl wegen des Kapitals, als wegen der Zinsen und verwandten Unkosten, und zwar, sofern er in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und es blos mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, unbedingt⁸⁸), sonst aber nur wegen dessen, wofür das Pfand, der Verabredung nach, gilt, sich zu befriedigen⁸⁹). Dieses Recht des Gläubigers, durch Ver-

wäre. Von diesem Falle versteht *Ant. FABER* Rational. in Dig. h. t. auch die oben angeführte L. 40. §. 2. *D. de pign. act.* und schaltet bey den Worten: *nec quicquam amplius praestare cogitur*, das Wort *debitor* ein. Ihm stimmt auch *SCHILTER* in *Praxi Iur. Rom. h. t. Exercit. XXVI. §. 11. bep.*

86) *Arg. L. 4. Cod. Quae res pign.* *S. VOET* Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 2. in fin. *Ant. FABER* Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. cap. 15. und *Westphal a. a. O. §. 144.* Anderer Meinung ist jedoch *GMELIN* Comm. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 63. pag. 240.

87) §. 1. *I. Quib. alienare licet.*

88) *L. 8. §. 5. D. h. t. Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt.* *S. Weber's* Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung S. 191. ff.

89) Die Frage, ob und wiefern sich das Pfandrecht ausser dem Kapital auf Zinsen und Kosten erstreckt? kommt Lib. XX. Tit. 1. §. 1083. vor. Man sehe *Weber a. a. O. S. 151. ff.*

Meig.

äußerung des Pfandes sich zu seiner Bezahlung zu verhalten, ist dem Pfandrechte so wesentlich, daß es weder einer besondern Verabredung bedarf⁹⁰⁾, noch auch durch Vertrag, oder Testament, noch durch irgend eine Protestation des Schuldners verhindert werden kann⁹¹⁾. Nur durch Bezahlung der Schuld, oder ein anderes rechtliches Mittel, welches der Bezahlung gleichgeachtet wird, kann allein die Veräußerung des Pfandes abgewendet werden⁹²⁾. Dieses Veräußerungsrecht steht auch dem zweyten Gläubiger zu, wenn diesem ein, seinem Schuldner von desselben Schuldner gegebenes Pfand, wieder verpfändet worden ist, es muß nur die Veräußerung des Pfandes geschehen, ehe noch der erste Schuldner, seinem, dem erstern Gläubiger, die Schuld bezahlt hat⁹³⁾. Von der Veräußerung der Pfän-

Meißner's vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte 1. Th. S. 14. und Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. S. 775.

90) L. 4. D. h. t.

91) L. 1. et 2. Cod. *Debitorem venditionem pignoris impedire non non posse.*

92) L. 8. Cod. *de distract. pignor.* Si priusquam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quodsi prius, quam offerres, legem venditionis exercuit: quod iure subsistit, revocari non debet.

93) L. 1. Cod. *Si pignus pignori datum.* Quod si non fuit vestro creditori usufructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit: non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur. C. Westphala a.

D.

Pfänder wird übrigens Lib. XX. Tit. 5. gehandelt werden. Der Gläubiger kann III. das Pfand von jedem Inhaber desselben abfordern ⁹⁴⁾, wenn nämlich der Schuldner in mora ist ⁹⁵⁾, oder auch zuweilen schon vorher, ehe noch die Schuld zahlbar ist, wenn ein besonderes Interesse erwiesen werden kann ⁹⁶⁾. Es steht ihm deshalb die hypothekarische Klage zu, von welcher Lib. XX. Tit. 1. gehandelt werden wird. Gegen den Schuldner, aber nicht gegen den dritten Besitzer, kommen ihm auch possessorisches Rechtsmittel, nämlich das Interdictum Salvianum und quass Salvianum, zu statten ⁹⁷⁾, wovon ebenfalls zu seiner Zeit ein Mehreres. Eigenmächtige Besitzergreifung ist hingegen dem Gläubiger nicht erlaubt; auch selbst der Vertrag, vermöge dessen es demselben erlaubt seyn sollte, sich im Falle ausbleibender Zahlung selbst in den Besitz des Pfandes zu setzen, giebt dem Gläubiger kein Recht, Gewalt zu brauchen, wenn sich der Schuldner widersetzt, sondern der Gläubiger muß sich auch hier des Quasssalvianischen Interdicts bedienen ⁹⁸⁾. Die Abforderung des Pfandes kann jedoch

D. C. 207. und GMLIN Commentat. cit. de iure pignoris etc.
§. 63. pag. 237. sqq.

94) L. 16. §. 3. L. 17. D. de pignor. L. 18. Cod. eodem.
L. 28. D. h. t.

95) L. 33. §. 5. D. de pignor. L. 10. Cod. eodem.

96) L. 14. D. eodem.

97) L. 1. Cod. de precario et interdicto Salviano.

98) L. 3. Cod. de pignorib. Creditores, qui, non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate Praestidis possessionem adipisci debent. S. Strubens rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 32. und Sönners Handbuch des gemeinen Processes 4. Th. Nr. LXXXI. §. 37. not. p. C. 481.

durch Anbieten der Zahlung von jedem Bessern abgewendet werden⁹⁹⁾. IV. leidet der Gläubiger durch Eviction und Hauptmängel des vertragsmäßigen Pfandes, so kann er verlangen, daß ihm ein neues eingeräumt¹⁰⁰⁾, auch daß ihm der, durch Verschwen des Schuldners ihm sonst erwachsene Schaden vergütet werde¹⁾. Er kann ferner V. Erfaß der auf das Pfand verwandten Kosten fordern, jedoch nicht ohne Unterschied. Die Kosten können von verschiedener Art seyn. a) Nothwendige, wohin theils diejenigen gehören, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte, theils auch die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besizer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen mußte. Diese Kosten müssen dem Gläubiger unbedingt vergütet werden, also nicht nur alsdann, wenn bey der Zurückgabe des Pfandes dieser Kostenaufwand sich noch als Verbesserung bey der Sache befindet, sondern auch wenn dieser Aufwand durch einen Unglücksfall ohne Verschulden des Pfandinhabers wieder vererbt worden wäre.²⁾ Wegen

99) L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 12. §. 1. D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvitur.

100) L. 2. L. §. pr. L. 31. et 32. D. h. t.

1) L. 9. pr. L. 31. 32. et 36. pr. D. eodem.

2) L. 8. pr. D. h. t. Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim: non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebō. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse, item insulam fulcisse, vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possim retinere. — L. 29. in fin. D. famil. erisc. Eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

gen dieser Kosten ist dem Gläubiger auch die hypothekarische Klage nicht zu versagen, da die Geseze ganz bestimmte veraordnen, daß die nothwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen³⁾. b) Nützliche Kosten, wodurch die Sache verbessert, und ihr Werth erhöht worden ist. Sind diese Kosten mit Einwilligung des Schuldners gemacht worden, so hat es keinen Zweifel, daß der Gläubiger deren Ersas fordern könne⁴⁾. Außerdem aber kann der Gläubiger nur alsdann eine Vergütung der nützlichen Kosten fordern, wenn sie nicht so unmäßig sind, daß der Schuldner, um das Pfand einzulösen zu können, wieder anderwärts Geld aufborgen, oder das Pfand gar verstoßen, und uneingelöst lassen müßte. Ob aber und in wiefern die Kosten für mäßig zu halten sind, muß der Richter nach Vorschrift der *L. 25. D. de pign. act.*⁵⁾ aus den Umständen

3) *L. 6. Cod. de pign. act.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit. *S. Webers Versuche über das Eivilrecht. S. 186. ff.*

4) *L. 25. D. h. t.* Si servos pigneratos artificibus instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria. *S. Weßphals Pfandrecht. §. 24. Not. 41. S. 66;*

5) *Ulpian sagt hier:* Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec tale officere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandam; puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum detelinquere. *Medie igitur haec a iudice*

ständen beurtheilen, und hier einen Mittelweg einschlagen; *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*; d. i. der Richter darf weder bey unbilligen Weigerung des Schuldners nachgeben, wenn dieser nach seinen Vermögensständen, und *salvo pignore* dem Gläubiger die verwandten Kosten zu vergüten vermag *); noch dem Gläubiger mit seiner unmäßigen Forderung Gehör geben, wenn dieser das Maas des Kostenaufwandes zur Ungebühr überschritten hat. Das Pfandrecht des Gläubigers erstreckt sich jedoch auf diesen Kostenaufwand nicht *), sondern dem Gläubiger steht deswegen nur eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu, und auch diese fällt weg, wenn

§ 2

judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

6) Der Ausdruck *delicatus* bezeichnet bey den Römern einen solchen Menschen, qui in negotio, in quo alter sine vicio venturatur; morosus, diffidens et fastidiosus est; i. e. qui tantum ex sua parte facere detrectat, quantum debet et potest. *SENECA de Beneficiis Lib. II. Cap. 54. CICERO Orator cap. 29. ULPIAN. L. 6. §. 3. D. de offic. Procons.* Wenden wir diese Bedeutung auf einen *debitor delicatus* an, so ergiebt sich, daß darunter ein solcher Schuldner zu verstehen sey, qui de restituendis impensis, in pignus factis; conventus, creditori non oneroso, i. e. qui in faciendis impensis modum non excessit, tantum restituere detrectat, quantum debet, et; salvo pignore, potest. *Mati vergleiche Ern. Mart. CHLADENII Diss. de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio ex mente Ulpiani ad L. 25. §. de pign. act. praeside Andr. Flor. AUVINO def. Vitenbergae 1743. §. 13. 199. In den Basilicis Tom. IV. pag. 10. in fin. heist es bloß: Ταύτ μέρους τοίνυ διακρίσις εΐσαλει σκός τειν εδνατΐς; i. e. Iudex igitur sumtus modicos spectare debet;*

7) S. *Wetters* angef. Versuche S. 188. ff.

er den Aufwand gegen das Verbot des Schuldners machte⁹⁾. c) Kosten, die bloß voluptatis causa von dem Gläubiger verwendet worden sind, werden aber auf keinen Fall demselben ersetzt, sondern ihm steht allenfalls ein ius tollendi zu, soweit eine Trennung ohne Schaden der Hauptsache möglich ist⁹⁾. Endlich VI. wenn über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entsteht, so erhält der Gläubiger eine vorzügliche Stelle in der zweiten oder dritten Classe¹⁰⁾.

§. 867.

Pflichten des Pfandgläubigers.

Die Pflichten, welche dem Gläubiger in dem Pfandcontracte obliegen¹¹⁾, bestehen darin, I. daß er das Pfand mit gehöriger Sorgfalt verwahre, damit es weder beschädiget werde, noch wegkomme, oder sonst zu Grunde gehe. Der Pfandgläubiger haftet daher 1) für jede Arglist. 2) Für jedes auch noch so geringes Versehen durch schädliche Thätigkeit. Denn hier kann er auch mit der actio legis Aquiliae belangt werden¹²⁾, in qua et levissima

8) L. 40. D. mandati. L. ult. Cod. de negot. gest. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Spec. CLVI. medit. 3. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 778. Not. f.

9) S. ERKLEBEN de iure pignorum §. 154. und SCHMIDT'S Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 829.

10) Georg HAPPEL Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Steßen und Darmstadt 1802. 8.

11) HENR. KLUIT Diss. de obligatione creditoris in pignore. Lugd. Bat. 1786.

12) L. 18. §. 1. D. Commodati. L. 7. Cod. de pignorat.

Ima culpa venit, wie Ulpian ¹³⁾ sagt. 3) Für Unter-
 tossung der nöthigen Sorgfalt und Aufsicht. Ist die Sache
 dadurch gänzlich verlohren oder zu Grunde gegangen, so
 ist er für jede Unachtsamkeit verantwortlich, und nur der
 unabwendliche Zufall befreit ihn von der Verbindlichkeit
 zum Schadensersatz. Denn der Faustpfandgläubiger muß
 nicht nur *dolus* und *culpa*, sondern auch *custodia* prästi-
 ren. *L. 19. Cod. de pignoribus* sagt: *Sicut vim maiorem*
pignorum creditor praestare non habet necesse: ita
dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.
 Eben dieses bestätigt *L. 8. Cod. de pign. act.* wo es heißt:
Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pi-
gnorum amissorum dispendium ad periculum eius minime
pertinet. Daß es hier auf keinen bestimmten Grad der
 Culpa ankomme, wenn das Pfand verlohren geht, erhellet
 ferner aus *L. 5. Cod. eodem*, wo gesagt wird: *Si creditor*
sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, resti-
tuere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur, —
quanti debitoris interest, condemnari debet. Hier steht
 nun also der Pfandgläubiger eben so, wie der Commoda-
 tar, der Pächter, und der Verkäufer, welche die Gesetze
 gleichfalls zur *custodia plena* verpflichten, für alle Gefahr,
 wenn die Sache gestohlen wird, oder sonst durch irgend
 ein Versehen desselben zu Grunde geht ¹⁴⁾. Ulpian sagt
 ganz bestimmt *L. 14. §. 16. D. de furt.* *Puto omnibus,*
quorum periculo res alienae sunt, veluti commodatae,
 item

13) *L. 44. D. ad Leg. Aquil.* C. den 10. Th. dieses Commen-
 tars §. 699.

14) C. Christoph. Lud. CRILL *Disp. de custodia et periculo pig-*
noris. Viteb. 1733.

item locatae, pignoris nomine acceptae, si hae subreptas sint, omnibus furti actiones competere¹⁵⁾). Ist hingegen das Pfand durch Vernachlässigung des Gläubigers bloß beschädiget, und dadurch in seinem Werth vermindert worden, so kommt es darauf an, ob der Contract, wie gewöhnlich, zum Vortheil beider Theile geschlossen worden ist, oder, wie zuweilen der Fall seyn kann, bloß dem Gläubiger allein zum Vortheil gereicht. In dem ersten Falle steht der Pfandgläubiger nur für culpa levis, d. h. er haftet nur dann für den Schaden, wenn er durch eine solche Nachlässigkeit geschehen ist, dergleichen kein ordentlicher und vorsichtiger Mensch begangen haben würde. Es gehören hierher folgende Stellen,

§. 4. I. *Quib. modis re contrah. obligatio.* Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat,

L. 5. §. 2. D. *Commodati.* Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, in locato, in dote, in pignore — et dolus et culpa praestatur.

Daß hier unter der culpa nur die culpa levis und nicht levissima zu verstehen sey, erhellet aus dem Nachsatz: *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est QUINTI MUCII sententia*

15) Von der custodia plena des Verkäufers redet L. 2. §. 1. L. 3. D. de periculis et comm. rei venditae.

tentia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. Offenbar soll doch wohl *diligentia* hier mehr bedeuten, als *culpa*. Um des Praefarium willen konnte auch wohl Ulpian das Commodat nicht so ausgezeichnet haben, als bey welchem nur dolus und culpa lata prästirt wird, da hierüber gar kein Zweifel war. Sicher dachte auch hier Ulpian libro 28. ad Edictum an das Praefarium nicht, von welchem er L. 8. §. 3. D. de precario, libro 71. ad Edictum sagt; Illud adnotatur, quod culpam non praestat, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat; quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. Hier konnte freylich dem römischen Juristen, um das Commodat vom Praefarium zu unterscheiden, schon die Bemerkung genügen, daß der Commodatar dolus und culpa prästire, der Beyfah, er haste auch für diligentia, war hier nicht nöthig, wohl aber dort, wo er L. 5. §. 3. D. Commodati, das Commodat vom pignus, und andern Contracten zu unterscheiden suchte, aus welchen beyde Contractanten in der Regel gleichen Vortheil ziehen ¹⁶⁾. Folgende Stelle aus Cajus libro 9. ad Edictum wird aber vollends allen Zweifel heben.

L. 18. pr. D. Commodati. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti mor-

16) Herr von Lohr in s. Theorie der Culpa. Stellen 1806. 1. Abschn. S. 46. ff. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe Schmidts Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 242. ff. und MATBLANC Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus. Tubingae 1807. S. 7.

mortes fervorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incurfus, piratarum infidias, naufragium, incendium, fugas fervorum, qui custodiri non solent. — — Haec ita, *si duntaxat accipientis gratia comiuodata sit res*. At si *utriusque*, velut; si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, *ne et culpa praestanda sit*: ut ita culpa fiat aestimatio, *sicut in rebus pignori datis, et dotalibus aestimari solet*.

Besonders merkwürdig sind noch folgende Fragmente.

L. 14. D. de pign. act. Ea igitur, *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet*, a creditore exiguntur.

L. 23. D. de div. reg. iuris. Contractus quidam *dolum malum* duntaxat recipiunt: quidam et *dolum et culpam*: dolum tantum, depositum et precarium: *dolum et culpam*, mandatum, commodatum, venditum, *pignori acceptum*, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, in his quidam et *diligentiam*.

Ein Beispiel von culpa levis giebt *L. 15. D. h. t.* wo Ulpian sagt: Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pignoratium, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. Hat der Gläubiger Servituten, die dem verpfändeten Grundstück zustanden, durch unterlassene Ausübung derselben

ben erlöschten lassen; so hat er dadurch das Grundstück deteriorirt, und er haftet daher für seine Culpa.

Ist hingegen der Pfandcontract bloß zum Vortheil des Gläubigers geschlossen worden, so steht er unbedingt für jedes, auch das geringste Versehen, eben so wie der Commodatar, wenn er allein den Nutzen aus dem Contract zieht. Nur daß dieses beim Commodat der gewöhnliche, beim Pfandcontract aber der ungewöhnliche Fall ist¹⁷⁾. Man rechnet hierher den Fall, wenn sich der Gläubiger, um sein Geld sicher unterzubringen, dem Schuldner aufdrang, da ihm ein anderer Freund ohne Pfandgebung creditiren wollte; oder wenn der Gläubiger dem Schuldner vorher ohne Pfand creditirt hatte, letzter aber nachher von freyen Stücken dem Gläubiger zu mehrerer Sicherheit ein Pfand giebt; oder wenn ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt. *Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, sagt Voet¹⁸⁾, cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque interfit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret, tamen, si contractum pignoris spectes, quod iam non inter creditorem et debitorem, sed inter creditorem et tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, er inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet.* Von diesem Falle will denn nun auch Voet, nach Cujaz¹⁹⁾, dem auch

Mals

17) *S. Ge. Sam. MADIHN Comment. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Halae Magdeb. 1764.*

18) *Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.*

19) *Observation. Lib. XIX. cap. 24.*

Mablianc²⁰⁾ bestimmt, die so sehr bestrittene L. 13; §. 1. D. h. t. verstehen, wo Ulpian sagt: Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato; venit et custodia: vis maior non venit. Von jeder hat diese Stelle unsere Ausleger in große Verlegenheit gesetzt, und es sind darüber mancherley Interpretationen sowohl, als kritische Emendationen zum Vorschein gekommen, welche wohl einmal ordentlich zusammengestellt, und etwas genauer, als bisher geschehen ist, geprüft zu werden verdienen. Man kann sie ganz süglich unter zwey Hauptclassen bringen. Die eine Parthey²¹⁾ behauptet, daß unter der hac actione gar nicht die actio pignoratitia directa, die dem Schuldner nach getilgter Schuld gegen den Pfandgläubiger auf Zurückgabe des Pfandes zusteht, sondern eine ganz andere Klage zu verstehen sey, deren in dem Principium dieses Fragments gedacht wird; nämlich die Reivindicatio, oder actio in factum, welche dort dem Schuldner gegen den Dritten gestattet wird, an den der Gläubiger das Pfand, ehe er noch dazu befugt war, unter der Bedingung verkauft hatte, dasselbe gegen Erstattung des Kaufgeldes wieder zurückzugeben, wenn der Schuldner nachher noch Zahlung leisten würde. Ohne Zweifel, sagt man, müsse hier der Käufer für culpa levissima haften, da er wissentlich eine fremde verpfändete Sache an sich gekauft habe,

wels

20) Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 497. pag. 350.

21) Abrah. WIELING Lection, iuris civ. Lib. I. cap. 7. Ia. Henr. Christl. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypothecar. §. 161. und H ö p f n e r im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 796.

welche der Gläubiger ihm zu verkaufen nicht befugt war, Allein auch davon abgesehen, daß es an sich schon widersinnig scheint, in einem Falle, wo eine unerlaubte Handlung den Beklagten für jedes Versehen verantwortlich machte, den Maasstab, der zu prästirenden Culpā von dem Commodat herzunehmen, mit welchem doch jener Fall gar nicht die mindeste Aehnlichkeit hat; so leuchtet ja die offensbare Unrichtigkeit dieser Erklärung sofort jedem in die Augen, welcher die L. 13, mit der gleich folgenden L. 14. im Zusammenhange zu lesen sich die Mühe nimmt. Dem hier wird, als Folgerung aus dem vorhergehenden §. 1. der L. 13. ganz deutlich gesagt: *Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditoribus exigantur.* Welches Unsinn müßte man den Tribonian sähig halten, wie Thibaut ²²⁾ hier sehr richtig erinnert hat, wenn man annehmen wollte, er habe den §. 1. der L. 13. nicht vom Pfandgläubiger verstanden! Die andere Klasse der Ausleger, und diese zählt die meisten Stimmen, machen diejenigen aus, welche die L. 13. §. 1. cit. von der *actio pignoratitia directa* verstehen, und diese haben denn in so weit zwar allerdings Recht, nur sind sie freylich in der Erklärung des Fragments selbst wieder sehr verschiedener Meinung. Einige suchen dasselbe ohne alle Emendation mit den übrigen oben angeführten Stellen zu vereinigen, und hier giebt es wieder viererley Meinungen. Nach der einen ²³⁾ wird behauptet, durch die angeführte

22) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 26. S. 156. f. der zweyten Auflage.

23) Barth. *causarum Interpretat. iuris* Lib. I. cap. 45. nr. 11. CRELL in *Diss. cit. de custodia et periculo pignoris* §. 5.

geführten Worte der L. 13. werde die Regel aufgestellt, daß der Pfandinhabende Gläubiger auch für das geringste Versehen haften müsse. Um über diesen Satz gar keinen Zweifel übrig zu lassen, vergleiche Ulpian nicht nur die Pfandklage in dieser Hinsicht mit der aus dem Lehncontract entstehenden, welche auch auf Ersatz eines jeden nicht rein zufälligen Schadens gehe, sondern füge auch sogar noch in den Worten: *vis maior non venit*, den Gesonß hinzu, daß nur äussere Gewalt, welcher der Pfandgläubiger zu widerstehen nicht im Stande war, zu seiner Entschuldigung hinreichen solle. Gerade das Nämlische werde auch in der oben angeführten Stelle der Institutionen, und L. 19. *Cod. de pignoribus* gesagt, und so stehe den alles in dem besten Einklange. Allein nach dieser Meinung bleibt ja der Widerspruch zwischen der L. 13. und L. 5. §. 2. auch L. 18. *pr. D. Commodati* unverkennbar, wo ganz bestimmt gesagt wird, der Pfandgläubiger prästire nur *dolus* und *culpa*, der Commodatar aber nicht nur diese, sondern auch *diligentia*. Nach einer zweyten Meinung, welche, wie bereits oben bemerkt worden ist, Cujaz, Voet und Malblank annehmen, soll die L. 13. §. 1. bloß von dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Gläubiger von der Pfandgebung allein den Vortheil hat. Allein wer sollte wohl glauben, daß Ulpian, der hier die Natur der *actio pigneratitia directa* erklären wollte, und sich daher ganz allgemein ausdrückt, von einem Falle geredet

RIVINUS *Diss. de culpa levissima in pignore a creditore præstanda. Vitemb. 1751.* Ebtbau System des Pandectenrechts 2. Band §. 653. und besonders B. B. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 89. ff.

bet haben sollte, der bey den Pfandcontract eine eben solche Seltenheit ist, als bey dem Commodat der Fall des beiderseitigen Vortheils? Nach einer dritten Meinung, welche Johann Wilhelm Markart ²⁴⁾ und Franz Schömann ²⁵⁾ vertheidigen, wird die von Ulpian zwischen pignus und commodatum in Absicht auf dolus und culpa angestellte Vergleichung dadurch gerechtfertiget, daß in beyden Contracten culpa levis prästirt werde. Für diligentia im eigentlichen Sinn hingegen, welche noch aufferdem der Commodatar prästiren müsse, (*Lu. 5. §. 2. D. commodati*) stehe der Pfandgläubiger nicht, wohl aber für custodia; in Ansehung dieser entschuldige ihn nichts, als reiner und unabwendlicher Unglücksfall. *Vis maior non venit. Vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse.* Diese Erklärung ist allerdings die natürlichste, welche auch mit dem Sprachgebrauche der Gesetze, und den übrigen Stellen, welche von diesen Contracten handeln, am besten übereinstimmt. Wie Ulpian hier bey der Bestimmung der Culpa im Pfandcontract auf das Commodat verfiel, läßt sich auch leicht erklären. In dem Edicto perpetuo war unmittelbar vor dem Pfandcontract, vom Commodat die Rede gewesen. Man sieht dies unter andern daraus, weil in des Paulus *Sententiis receptis* lib. II. auf den Tit. 4. *de commodato*, gleich Tit. 5. *de pignore* folgt. Daß aber diese *Sententiae receptae* nach der Ordnung des edicti perpetui abgefaßt waren, hat Anton Schulting ²⁶⁾ ausführlich bewiesen. Es erhel-

let

24) Probabil. receptar. Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen.* 1737.) pag. 110. sqq.

25) Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 160. f.

26) Iurisprud. Antejust. pag. 211. sqq.

let dieses auch daraus, weil Ulpian *Libro 28. ad Edictum* von dem *commodatum* und *pignus* gehandelt hat, wie die Inscripſion der in den *Pandecten* daraus entlehnten Fragmente beweist. Es ist daher die Inscripſion der *L. 13. D. h. t. ULPIANUS libro 38. ad Edictum* offenbar fehlerhaft, und muß vielmehr *libro 28.* gelesen werden, wie auch *Jacob Labittus*²⁷⁾ bemerkt hat. Hieraus erklärt sich auch, warum in den *Pandecten* der *Tit. de pignoratitia actione* auf den *Tit. Commodati* folgt. Die Richtigkeit jener Erklärung ergiebt sich endlich noch insbesondere daraus, daß auch an andern Orten Ulpian das *pignus* und *commodatum* in Absicht auf *dolus* und *culpa* einander gleichstellt²⁸⁾. Mit Recht sagt daher *Urron* *Saber*²⁹⁾: *Quod hic scribitur in pignore, non tantum dolum venire, sed etiam culpam, sicut in commodato, non tollit differentiam, quae est inter pignus et commodatum, quod ad culpam levissimam pertinet.* Endlich nach einer vierten Meinung, welche besonders *Samuel von Cocceji*³⁰⁾, *Georg Sam. Masdihn*³¹⁾ und *Westphal*³²⁾ haben, soll Ulpian in den Worten: *ut in commodato*, auf den Unterschied gedeutet haben, den *Cajus L. 18. pr. D. Commodati* beym *leiste*

27) *Ufus Indicis Pandectar. Cap. VI. §. 8. in Abr. WIELING Idrisprud. restit. T. II. pag. 118.*

28) *L. 23. D. de div. reg. iur. L. 18. pr. D. Commodati.*

29) *Rational. in Pand. ad L. 13. §. 1. D. h. t.*

30) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.*

31) *Cit. Commentat. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Halae 1764. pag. 14.*

32) *Pfandrecht §. 31. Not. 50. S. 79.*

contract mache. Es kommt nämlich bey dem Pfandcontract eben so, wie bey dem Leihcontract, in Absicht auf die Prästation der Culpa darauf an, ob die Verpflichtung zum Vortheil beider Contractanten, oder bloß um des Gläubigers willen geschehen sey. In dem ersten Falle stehe der Pfandgläubiger nur für culpa levis, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract nicht bloß ihm, sondern auch dem Verleiher zum Vortheil gerelcht; in dem letzten Falle aber müsse der Pfandgläubiger für das geringste Versehen haften, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract, wie gewöhnlich, bloß zu seinem Vortheil gerelcht. Ob früh wohl auch diese Erklärung vor jeder Emendation den Vorzug verdient; so behaupten dennoch viele, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten, daß der Schwierigkeit, ohne eine Änderung vorzunehmen, auf keine Weise abzuhelfen sey. Es theilen sich aber auch hier wieder die Meinungen der Kritiker. Einige wollen statt: *ut in Commodato: venit et custodia* so lesen: *at in commodato venit et custodia*. Gerhard Voordt³³⁾ macht diese Emendation hauptsächlich zu der seinigen; obwohl schon vor ihm Johann Niellius³⁴⁾ eben so emendirte. Gegen den Vorwurf eines Plagiums hat ihn indessen sein Biograph Johann Barbeyrac³⁵⁾ vollkommen gerechtfertiget. Nach dieser Emendation habe nun also Ulpian hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf

33) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

34) Dissertat. feudal. Diff. III. §. ult. lit. k. Mehrere Nachrichten von diesem Niellius giebt Abr. WIELING in Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. Not. *. pag. 24. sq.

35) Vita Ger. noobtii in fin. §. Non possum, Praefationi Operum eius adjecta.

auf die culpa praestatio angeben wollen, und diesen darin gesetzt, daß der Pfandgläubiger nur für dolus und culpa sc. levis hafte, der Commodatar aber nicht bloß diese, sondern auch culpa levissima prästiren müsse. Ob nun gleich diese Noodr'sche Emendation nicht nur die *L.* 19. *Cod. de pignorib.* sondern auch die Auctorität der Basiliken³⁶⁾ gegen sich hat, und daher mit Recht von Christfried Wächler³⁷⁾ angegriffen wurde, so suchte dennoch Noodr seine Conjectur noch weiter³⁸⁾ zu bestärken, und erwarb sich dadurch mehrere Anhänger, welche seine Meinung nicht nur annahmen³⁹⁾, sondern auch gegen

36) Tom. IV. Lib. 25. Tit. 1. pag. 6. *Απαιτεί η περι του ενοχου αγωγη δολου και ραδιμηλειαν, ως η περι του εν χρηση δοδέντος αγωγη, και η περι φυλακην αγωγη, i. e. Actio pignoratitia exigit dolum et negligentiam, sicut actio commodati, et actio de custodia.* Die Uebersetzung der Griechen ist zwar in den letztern Worten ganz unrichtig, wo sie unter der *custodia* das depositum verstehen wollen; man sieht aber doch sogleich, daß das *ut, ως*, nicht sogleich, als *at, α' λα'*, sondern *sicut* heißen soll, wie solches *L. 18. pr. D. Commodati* gebraucht wird. *Sabrot* hat hier, statt den griechischen Text zu übersetzen, geradezu die Worte *η περι ανς* beybehalten.

37) *Notae ad G. NOODTI Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 4. in Opuscul. pag. 202.*

38) *Probabil. Lib. IV. cap. 3.*

39) *Io. Ortio. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 29. Io. Gottl. HEINECCIUS in Annotation. ad Vinnii Commentar. in §. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. 5. Iust. HENN. ROEMER Iur. Dig. h. t. §. 6. Aug. a LEYER Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3. und Christ. Henr. ECKHARD, Hermenout. iuris Lib. I. §. 76. Not. *) pag. 85.*

gen die neuern Ansehtungen des Wächters ⁴⁰⁾ aus mehreren Gründen zu vertheidigen suchten ⁴¹⁾. Allein die ihr entgegenstehenden Zweifel sind auf keine befriedigende Art gelöst; sie wurde daher mit Rechte von Zuber ⁴²⁾, Wierling ⁴³⁾ und Walch ⁴⁴⁾ verworffen. Eine andere Conjectur brachte zwar Pagenstecher ⁴⁵⁾ zum Vorschein, welcher statt *ut*, durch Gemination *utut* lesen, und dieses durch obgleich übersehen will. Allein dieser Emendation stehen die nämlichen Zweifel, wie der Noodtischen, entgegen. Die meisten neuern Rechtsgelehrten lesen daher die Worte des Textes unabgeändert, und streichen bloß das Unterscheidungszeichen nach den Worten: *ut in commodato; tæg*, und lesen: *ut in commodato venit et custodia*. Diese weichen aber wieder in ihren Erklärungen von einander

40) Notae postum. ad *Ger. NOODTII* libr. IV. Probabil. iuris civ. in *Actis Eruditor. Lipsiens.* Mens. Novembr. Anni 1732. pag. 514. 199.

41) DUCHRA in *Observation. Miscell. Batav.* Vol. III. Tom. I. pag. 123. (ut in RÜTTMANNI *Opuscul. iuridic. ex Observat. Miscell. Batav. in unum Volum. collect. Halae* 1782. 8. pag. 39. 199.) und *Adrian van DORP* in *Diss. ad loca quaedam iuris et aliâ Observationes. Francqueræ* 1760. Cap. 4. (in *Ger. DELRICH'S. Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 41.)

42) *Eunom. Roman.* ad L. 13. §. 1. D. h. t. pag. 541. 199.

43) *Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7.*

44) Ad *Eckhardi Hermeneut. iur.* pag. 86. und in *Introduct. in controvers. iuris civ.* pag. 543. Not. *)

45) *Adversar. Lib. II. cap. 10.*

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

ändert ab. Einige ⁴⁶⁾ kommen darin mit *Woodt* überein, daß sie glauben, *Ulpian* habe hier den Unterschied zwischen *pignus* und *commodatum* in Absicht auf *culpa praestatio* angeben wollen. Der Sinn der bestrittenen Stelle sey also der: Im Pfandcontract werde *dolus* und *culpa levis*, prästirt, gleichwie im Leihcontract, auffer *dolus* und *culpa levis*, auch *levissima* prästirt werde, wie die Worte *ut-et, d. i. quemadmodum etiam* deutlich genug anzeigen. Allein daß von einem solchen Unterschiede auch nicht eine Spur in dem Fragment zu finden sey, leuchtet in die Augen. Andere ⁴⁷⁾ beziehen daher richtiger die Worte: *venit et custodia* in Gemäßheit der *L. 19. Cod. de pignor.* auf die *actio pigneratitia*. Unter diesen hat *Wächter* wohl am besten erklärt, wenn er sagt, *Ulpian* deute hier auf eine doppelte Pflicht des Pfandgläubigers, a) daß das Pfand bey ihm nicht deteriorirt werde; b) daß es auch nicht bey ihm verloren gehe. Wegen jener stehe er für *culpa, sc. levis*, wegen dieser aber für *custodia, d. i. für culpa levissima*. Aus allem ergiebt sich übrigens soviel, daß man nicht nöthig habe, mit *Schilter* ⁴⁸⁾ und *Godestroi* ⁴⁹⁾ einen nicht zu ver-

46) *Mich. God.* WERNER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6 und *Died. God.* LAMPRECHT Commentat. ad L. 13 D. de pign. act. *Goettingae 1750.* §. 13.

47) *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iuris civ. lib. sing. (*Suerin et Wismar.* 1792. 8.) Cap. 13. Not. III. pag. 118. *Christ. Guil.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. causar. damni praestandi. §. 6. pag. 63. und *Christfr.* WÄCHTLER Opuscul. pag. 202.

48) *Prax. Iur. Rom.* Exercitat. XXVI. §. 6.

49) *Commentar.* in Tit. Pand. de div. regulis iur. ad L. 23. D. *cod.* pag. 133. in fin.

vereinigenden Dissensus unter den Römischen Juristen in dieser Lehre anzunehmen.

§. 868.

Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zum Schadenersatz:

Geht nun das Pfand durch eine solche Culpa zu Grunde, für welche der Pfandgläubiger haften muß, so muß er zwar den Schaden, und alles Interesse ersetzen; allein er kann auch dasjenige abrechnen, was er selbst an Capital, Zinsen und aufgewandten Kosten zu fordern hat. *L. 7. Cod. h. t.* sagt: *Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti⁵⁰⁾ deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriore fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.*

Für die Unglücksfälle darf jedoch der Pfandgläubiger in der Regel nicht haften. Diese muß billig der Verpfänder allein tragen, da er das Eigenthum des Pfandes behält. Ein Anders wäre, wenn der Gläubiger die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen hätte. Es gehören hierher folgende Gesetstellen.

L. 6. Cod. h. t. Quae fortuitis casibus accidunt, tum praevideri non potuerint; (in quibus etiam aggressu-

§ 2

ra

50) *evjactus in Recitat. solemn. in Cod. ad L. 7. h. t.* und *Westphal im Pfandrecht §. 31. Not. 50.* halten das Wort *debiti* für überflüssig, allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Glosse erklärt die Worte *in rationem debiti* richtig *compensationem debiti.*

ra latronum est) nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur: nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amisso pignorum liberet debitorem.

L. 9. Cod. eodem. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita: consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. Sollte jedoch der Unglücksfall durch contractswidrigen Gebrauch des Pfandes veranlaßt worden seyn, oder sollte sich gar der Gläubiger mit Unrecht und gegen den Willen des Schuldners ein Unterpfund an seinen Sachen angemacht haben, so versteht es sich, daß er auch für den ungefähren Zufall haften muß, insofern derselbe eine Folge seiner unerlaubten Handlung war. Einen solchen Fall hat Paulus L. 30. D. h. t. Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit, et ratem abstulit: si invito ratiario retinisset, eius periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

§. 869.

Verbindlichkeit zur Restitution des Pfandes. Lex commissoria.

Der Gläubiger ist II. das Pfand, dessen Besiß er erhalten hat, in Natur zurückzugeben schuldig, sobald die Schuld getilgt ist. Er muß nur vollkommen befriediget seyn.

seyn⁵¹⁾). Ist dieses geschehen, so kann ihn von seiner Verbindlichkeit nichts befreien, als wenn er klar beweist, daß ihm das Eigenthum des Pfandes selbst zustehe, weil damit die Gültigkeit des Pfandcontractes nicht bestehen kann⁵²⁾). Dahingegen kommt dem Gläubiger die Einrede, daß das Pfand nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zugehöre, nicht zu staten. Denn diese betrifft die Rechte eines Dritten, wodurch keiner der Contractanten sich befugt halten darf, die gegenseitigen Forderungen aus dem Contract abzulehnen. Ueberdem ist bekannt, daß der Pfandcontract sich nicht auf eigenthümliche Sachen des Schuldners beschränkt, sondern auch in Ansehung fremder Sachen wenigstens unter den contrahirenden Theilen seine rechtlichen Wirkungen behauptet⁵³⁾). Daher versagen die Gesetze auch sogar dem Diebe und Räuber die Klage aus dem Pfandcontracte nicht, wenn die Schuld getilgt ist, weil sie für die Sache haften müssen⁵⁴⁾). Eben so wenig kann auch der commissorische Vertrag den Gläubiger gegen die Verbindlichkeit schützen, das Pfand nach getilgter Schuld zurückzugeben. Man versteht unter dem commissorischen Vertrage⁵⁵⁾ überhaupt eine solche Verab-

51) L. 9. §. 3. D. h. t.

52) L. 45 D. de div. reg. iuris. Neque pignus, neque depositum, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest, C. Weber's Vorträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 87. ff.

53) L. 9 §. 4. D. h. t.

54) L. 22. §. 2. D. eodem

55) Gostfr. a IENA Diss. de lege commissoria. Francof. 1656. 4. Mart. Gottl. PAULI Diss. eiusd. arg. Vitemb. 1763. und Ge. Frjd. KRAUSE Diss. de eod. arg. Ibid. 1766.

abredung, wodurch bey Schließung eines Contracts festgesetzt wird, daß derjenige Theil seines Rechts aus dem Contract verlustig seyn solle, welcher seiner Verbindlichkeit nicht zur bestimmten Zeit nachkommen würde. Bekanntlich geht das Recht eines Contrahenten der Regel nach darum noch nicht gleich verlohren, weil er zur bestimmten Zeit seiner Verbindlichkeit kein Genüge geleistet hat⁵⁶⁾. Wenn also

56) In dem römischen Recht wird dieser Vertrag *Lex commissoria* genant. Das Wort *Lex* wird also hier für *pactum* genommen. Es kann aber auch eine gewisse Bestimmung andeuten, unter welcher sich Jemand zu diesem oder jenem anheißlich macht; wie *Beber* in den Versuchen über das Civile recht S. 359. ganz richtig bemerkt. Der bekannte Satz *pacta sunt legem contractui*, rechtfertiget diese Erklärung vollkommen. So sagt ferner *L. 60. D. de contrah. emt. vend. Legem venditionis comprehensum erat*. Was aber die Bedeutung des Wortes *committere* anbetrifft, so sind deshalb die Ausleger nicht einerley Meinung. *Hug. DONELLUS* in *Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 19.* erklärt dieses Wort so; *rem alterius arbitrio et potestati subicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere, an valere velit sua lege contemta*. *Andere* *J. B. FRANTZKE* in *Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 2.* und *MENCKEN* in *Diss. de lege commissoria iure reprobata §. 1 nr. 2.* erklären es durch *amittere, perdere*. Allein *COMMITTERE* heißt hier eigentlich soviel, als etwas begeben oder gegen ein Gesetz handeln, welches den Verlust eines Rechts drohet. *S. BRISSONIUS* de *Verbor. Signif. voc. Committere*. *COMMISSUM* wird daher dasjenige genant, dessen sich Jemand durch pflichtwidrige Handlungen dergestalt verlustig gemacht hat, daß das vermirrte Recht dadurch an einen Andern fällt, wie aus dem *Tit. de publicanis, vectigalibus atque commissis* erhellet. *S. Ios. FINESTRES* in *Hermogeniano. ad L. 7. D. de lege commiss. pag. 454.* In dem Canonischen Recht

also z. B. ein Käufer das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt hat, so ist deshalb der Verkäufer nicht gleich berechtigt, auf die Aufhebung des Contracts zu klagen. Der Verkäufer bleibt immer noch an den einmal geschlossenen Handel gebunden, und kann gegen den Käufer nur auf die Erfüllung des Contracts klagen. Gesezt aber, die Contrahenten hätten die Verabredung getroffen, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zur bestimmten Zeit berichtigen würde, der Contract sodann nicht weiter gelten solle, so sagt man, der Kauf sey *sub lege commissoria* geschlossen⁵⁷⁾. Wendet man dieses auf Verpfändungen an, so wird unter *Lex commissoria in pignora* derjenige Vertrag verstanden, wodurch ausbedungen wird, daß das Pfand, im Falle die Schuld nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt werden würde, verfallen seyn, und dem Gläubiger, ohne weitem Verkauf, für die schuldtige Summe eigenthümlich verbleiben solle⁵⁸⁾. In den Gesezen der Pandecten geschieht dies

Recht kommt der Ausdruck *pactum legis commissoriae* vor, *Cap. 7. X. de pignorib. Ant. FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XXI. Err. 1. Ev. OTTO in Praefat. ad Tom. I. Thest. juris Rom. pag. 31, und WISENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. XXXIV. Th. 16, erklären ihn geradezu für ungereimt, eben so als wenn man sagen wollte, pactum pacti commissorii. Allein CUYACIUS in Comment. ad Tit. Cod. de pactis pignor. und CORN. VAN BYNKERSHOEK in libro ling. ad L. Lecta 40. D. de reb. credit. cap. 11. pag. 22. haben die Ehre des Pabstes zu retten gesucht. Sagt doch auch Fr. Alexander L. 4. Cod. de pactis inter emt. et vendit. commissoriae venditionis legem exercere.*

57) *L. 1. 2. et 4. D. de lege commissoria.*

58) Von dem commissorischen Vertrage bey Verpfändungen handeln *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad.*

dieses Vertrags bey Verpfändungen nirgends Erwähnung. Denn der bekannte Titel in den Pandecten de lege commissoria (XVIII. 3.) handelt blos von dem commissorischen Vertrage bey dem Kaufcontract. Daß indessen dieser Vertrag ehemals auch bey Verpfändungen für erlaubt gehalten worden, und auch sogar bey Hypotheken üblich gewesen sey, lehrt eine Stelle des Cicero⁵⁹⁾, in welcher von hypo-

cad. XXI. Err. 1—5. *Casp. SCHIFFORDEGHER* ad Ant. *Fabrum*. Lib. III. Tract. 13. Qu. 1—4. *Jac. MAESTERTIUS* Tr. de lege commissoria in pignoribus. *Lugd. Batav.* 1639. *Io. Guil. ENGELBRECHT* Diff. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta. *Helmstädtii* 1729. *Io. Guil. van MUSCHENBROECK* Spec. iurid. inaug. de lege commissoria in pignore. *Lugd. Batav.* 1752. (in *Ger. OELRICHS* *Thes. novae Diff. iuridicar. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. X. pag. 633. sqq.) *Ab. Diet. Weber* § kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der Lex commissoria? In Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. V. S. 351. ff. (auch in des *D. Kopp*e Niedersächsischem Archiv für Jurisprudenz u. Literatur 1. B. 3. St. Nr. 14. S. 160. ff.) und *Otto Ludw. von Eichmann* rechtl. Anmerkungen von der Uebereinstimmung und Verschiedenheit einiger Rechte in Ansehung der L. commissoria, wenn etwas verpfändet wird; (in Desselben Sammlung kleiner Abhandlungen. Nr. XIX.) die irrigen Ideen des *Euzaj* und *Anton Faber*s von der L. commissoria bey Verpfändungen, welche behaupten, sie sey zum Besten des Schuldners dem alten contractus fiduciae beygefügt worden, hat *Westphal* im Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 379. ausführlich widerlegt. Man sehe auch *Franc. Car. CONRADI* de pacto fiduciae Exercit. I. § 20.

59) *Epistol. famil.* Lib. XIII. Epist. 56. *Philotes Alabandensis* *προδίκου* Cluvio dedit. *Hae commissariae sunt. Cures velim,*

hypothecis commissis die Rede ist, die wegen ausgebliebener Bezahlung der Schuld an den Gläubiger verfallen waren, und zu deren Ueberlassung daher der Schuldner von dem Proprator, an welchen deshalb Cicero schrieb, angehalten werden sollte. Weil jedoch dieser Vertrag wegen der Härte und Habsucht der Gläubiger für die Schuldner sehr nachtheilig war, so ist derselbe, um alle unbillige Bedrückungen und Bevorzugungen, denen sie von Seiten der Gläubiger ausgesetzt waren, in Zukunft zu verhüten, in dem neuern römischen Recht gänzlich verboten worden. Merkwürdig ist deshalb die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, L. 3. *Cod. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* vom Jahr 326, oder eigentlich 320,⁶⁰⁾ worüber Jac. Gothofredus

ut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. Philotes hatte seinem Gläubiger *Cluvius* Hypothek unter der Bedingung gegeben, daß dieselbe, wenn die Schuld zur bestimmten Zeit nicht abgetragen werden würde, dem Gläubiger für die Schuld eigenthümlich verbleiben sollte. Da der Schuldner am Zahlungstage nicht erschienen war, so war die Bedingung eingetreten, und die Hypothek an den Gläubiger verfallen. *Cluvius* bestand in dessen nicht auf die Strenge des Vertrags, sondern wollte davon absehen, wenn ihm noch die Schuld bezahlt würde. Daher kommt hier die Alternative, ihm entweder die Hypothek eigenthümlich einzuräumen, oder die Schuld zu bezahlen. S. MUSCHENBROECK cit. *Diss. Cap. 2. pag. 650.*

60) In dem Justinianischen *Code* lautet die Unterschrift in ar: *Datum 2. Calendar. Februar. Sardicæ CONSTANTINO A. 7. et CONSTANTIO C. Coss. 326.* Allein richtiger im Theodosianischen *Code* Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 290. der Ritterschen Ausgabe so: *Dat. pridie Calendar. Febr. Sardicæ*

ditus⁶¹⁾ mit der ihm eigenen Gelehrsamkeit commentirt hat. Quoniam inter alias captiones, so lauten die Worte, *praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare⁶²⁾, quod dederunt.* Vermöge dieser Verordnung sollen also die Gläubiger des sich angemessenen Eigenthums des Pfandes, jedoch nicht des Pfandrechts selbst, verlustig seyn, und sich dem Verlangen der Schuldner auf keine Weise widersetzen, wenn diese, gegen Bezahlung der Hauptschuld samt Zinsen und Kosten, das Pfand wieder einlösen wollen. Es er- giebt sich hieraus nicht nur, worin das Wesen des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen besteht⁶³⁾; son- dern

CONSTANTINO A. VI. et CONSTANTIO Caes. Cass. 320. C. Iac. GOTHOFREDI Chronologia Codicis Theodosiani Tom. I, pag. XVIII, und van MUSSCHENBROECK Dissert. cit. Cap. 3, pag. 665. sq.

61) Cod. Theod. Lib. III. Tit. 2. de commissoria rescindenda, Tom. I. pag. 290. sqq.

62) Im Theodosianischen Exordium wird hier der schicklichere Ausdruck *recipere* gebraucht.

63) Zur mehreren Bestärkung können auch hier die *Basilien* Tom. IV, pag. 82. dienen, wo das Wesentliche der L. 3. Cod. de pact. pign. in folgenden Worten zusammengefaßt ist: *Εάν έικη ο δανειστής, ότι ει μη καταβληθεί μοι τὸ χρέος εν τὸς τοῦτα τῷ χρόνου, δεσπότης έσομαι τῷ ενεχύρου, τῷτα τὸ σύμφωνον ανιαχυρον έστω. i. e. Si creditor pactus fuerit,*

bern es ist auch zugleich daraus klar zu ersehen, daß dieser Vertrag vor Constantin dem Großen noch nicht verboten gewesen, sondern vielmehr bey Verpfändungen sehr gewöhnlich gewesen sey. Zwar wollen dennoch einige⁶⁴⁾ das Gegentheil aus L. 1. Cod. eodem erwelsen, wo der Kaiser Alexander rescribirt: *Qui pactus est: Nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. Allein hier ist nicht vom commissorischen Vertrage die Rede, sondern es wird dort blos der Streit über den Sinn und die Absicht eines Vertrags entschoben, welcher den Verkauf des Pfandes betrifft⁶⁵⁾, wie Godefroi⁶⁶⁾ und*

ut si ad diem pecunia soluta non sit, pignus ei adquiratur, pactum iustum et ratum non est.

64) de IENA de lege commissoria §. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXVI. §. 7. Allein man sehe van MUSSCHENBROECK cit. Diss. Cap. 2. pag. 647. sqq. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. medit. 1.

65) Noch deutlicher erhellet dieses aus den Basilicis Tom. IV. pag. 82. wo die L. 1. so übersetzt ist: *Εάν συμφωνησῆ τις πρὸς τὸν δανειστήν, ὅτι εἰ μὴ καταβαλῆ ἐντὸς τοῦδε τῆ χρόνου, παραχωρεῖ τὰς ὑποθήκας, οὐ δυνάμει πικρασκεῖν αὐτῷ, ἀλλὰ τὸ κατὰ πάντα δίκαιον διδόναι αὐτῷ, τούτῃ ἐστι τὸ ἐξεῖναι πικρασκεῖν αὐτῷ. i. e. Si quis cum creditore pactus sit, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes ius ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris.*

66) Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria rescind. Tom. I. pag. 292. der Oltter. Ausgabe.

und **Muschenbroß** ⁶⁷⁾ ausführlich gezeigt haben ⁶⁸⁾. Der commissorische Vertrag ist nun also bey Verpfändungen schlechterdings verboten und für ungültig erklärt. Es ist auch kein Unterschied, er mag gleich anfangs bey Eingehung des Pfandcontracts, oder erst in der Folge geschlossen worden seyn, weil die Noth eines Schuldners, der nicht Zahlung leisten kann, eben so gut, als die Verlegenheit dessen, der erst Geld aufnehmen will, Veranlassung zur Eingehung eines so nachtheiligen Vertrags werden kann, das Gesetz aber durchaus nicht will, daß die Gläubiger sich die Verlegenheit der Schuldner zu Stutze machen sollen, um sie um das Ubrige zu bringen ⁶⁹⁾. Es entsteht aber

67) Cit. Diff. Cap. 2. pag. 658. ff.

68) Man vergleiche noch **RAGUELLI** Commentar. ad rescripta Alexandri Severi ad L. 1. Cod. de pact. pign. und **HOTOMANN** Observation. Lib. X. cap. 10.

69) **S. VOET** Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. **BRUNNEMANN** Commentar. ad L. 3. Cod. de pactis pignor. nr. 8. **WALCH** Introd. in contr. iuris civ. pag. 542. und **Westphal** Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 278. Andere Ansichten haben **Ant. FABER** de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXI, Err. 2. **BACHOV** de pignorib. Lib. I. Cap. 16. nr. 4. und **Thibaut** im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. Allein die L. 13. Cod. de pignorib. steht unserer Meinung nicht entgegen. Das Gesetz sagt nur, daß der Schuldner, wenn er das Pfand verkaufen will, solches dem Gläubiger an Zahlungs statt überlassen könne, welches auch durch mehrere andere Gesetze bestätigt wird. L. 12. D. de distract. pignor. L. 20. §. ult. L. 34. D. de pign. act. L. 7. §. 6. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 10. Cod. de distract. pignor. S. **Ant. SCHULTING** in Iurisprud. Antejustin. pag. 284. not. 14. und **Westphal** Pfandrecht §. 194. Not. 215. S. 289.

aber hier die Frage, ob nicht der commissoriſche Vertrag bey Verpfändungen dadurch gültig werde, wenn er mittelſt Eides bekräftiget worden? Die Rechtsgelehrten ſind darüber ſehr verſchiedener Meinung. Einige ⁷⁰⁾ glauben, daß nach dem Canonischen Rechte die Frage zu bejahen, und nur der Fall auszunehmen ſey, wenn der Schuldner, um ſeinem eidlichen Verſprechen nachzukommen, zwar alle Anſtalt zur Einlöſung des Pfandes getroffen hatte, dennoch aber ohne ſeine Schuld das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers gekommen iſt. Bloß auf dieſen Fall gehe das *cap. 7. X. de pignorib.* worin es heißt: *Significante Rotberto, cive Piſano nobis innotuit, quod, cum domum ſuam G. Piſano civi pro CCL. libris pignori obligaffet, ac promiſiſſet praefiſto iuramento, quod, niſi domum ipſam ſtatu- tuto termino recolligeret (i. e. redimeret), creditorem ulterius ſuper eo minime moleſtaret; et intra ſtatu- tum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remiſit, quam idem nuntius infideliter agens, ſicut ei iniun- ctum fuerat, non perſolvit: et poſtmodum idem R. ab Imperatore detentus, multa pericula ſuſtinuit, et labores, nec dicto G. ſatisfacere potuit, ut debuit. (Nunc per Dei gratiam libertati priſtinae reſtitutus,*
para-

70) BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3. C. de pact. pignor. nr. 11. SCHLEIERMACHER Diſſ. de pacto commiſſorio in pignore. *Gleſſae* 1702. §. 20. *Frid. BEHMERS* novum ius con- troverſum Tom. II. Obf. 137. *Reinh. BACHOVIIUS* de pignorib. et hypothecis Lib. I. cap. 16. und *Adolph Diet. Webers* ſyſtemat. Entwid. der Lehre von der natürlichen Verbindlich- keit §. 122. Not. 3. S. 540. f.

paratus est pecuniam reddere creditori: licet ipse profusus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino perfoluta.) *Cum igitur pactum legis commissoria sit in pignoribus improbatum*, et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleverit; cum per eum, quem certum nuntium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in captione detentus, satisfacere non potuit creditori, mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam praefato R. omni dilatione postposita, resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica cogatis. Allein es ist hier nicht aus der Acht zu lassen, daß der Pabst Innocenz III. in dessen von Baluze herausgegebenen Briefen Lib. I. Epist. 33. diese Decretale noch ganz befindlich ist, zwey Entscheidungsgründe anführt, von welchen der obenan steht, daß der commissorische Vertrag gesetzlich verboten ist; der andere aber, daß der Schuldner sich auch keines Verzugs schuldig gemacht habe, nur zur mehreren bestärkung der päpstlichen Entscheidung ist beigefügt worden. Sollte nun auch der letztere Grund nicht in jedem Falle für den Schuldner sprechen, so folgt doch daraus noch nicht, daß nun auch die päpstliche Verordnung selbst nicht anwendlich sey, weil ja der erste Grund, welchen das Gesetz als den Hauptgrund anführt, noch immer vollgültig bleibt. Denn es ist bekannt, daß wenn ein Gesetz auf mehreren Gründen zugleich beruhet, und auch einer dieser Gründe wegfällt, das Gesetz dennoch durch die übrigen eben so seine Gültigkeit behält, als wenn diese Gründe anfangs nur allein vorhanden gewesen wären, wie **Thibaut**

bauße ⁷¹⁾ durch mehrere Beispiele ganz einleuchtend gezeigt hat. Mit Recht halten daher andere Rechtsgelehrten ⁷²⁾ den commissorischen Vertrag bey Verpfändungen in Gemäßheit des angeführten Textes für ungültig, wenn er auch durch einen Eid bekräftigt worden wäre. Zwar wolten einige ⁷³⁾ noch einen Unterschied gemacht wissen, ob unter dem commissorischen Vertrage ein unerlaubter Zinswucher verborgen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle soll der Vertrag auch selbst nach dem Canonischen Rechte des Eides ungeachtet unverbindlich seyn, in dem letztern aber soll et wegen des hinzugekommenen Eides gelten. Allein da sich nicht wohl annehmen läßt, daß gerade um des unerlaubten Zinswuchers willen der commissorische Vertrag von den Gesezen verboten worden sey, so läßt sich von diesem Unterscheide um so weniger ein Gebrauch machen, als auch das Canonische Recht dazu keine Veranlassung giebt. Daß das Verbot des commissorischen Vertrages auch noch heutzutage vollkommene Gültigkeit habe, läßt sich auf keine Weise bezweifeln, da nicht nur die ältern

deuts

71) Theorie der logischen Auslegung §. 25. S. 108.

72) Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 3. Iust. Henn. BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. Ant. FABER de Errorib. pragmaticor. Decad. XXI. Err. 8. STRYK Uf. Mod. Pand. h. t. §. 9. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 118. pag. 511. Not. 176. de SELCHOW Elem. iuris germ. §. 458. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 212. Gebr. Oberhel Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Medit. 288. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 221. S. 350.

73) ERXLSEN Princip. de pignorib. et hypoth. §. 118.

deutschen Gesetze ⁷⁴⁾, sondern auch die neuern Gesetzgebungen ⁷⁵⁾ dasselbe bestätigt haben. Von dem commissiorischen Vertrage ist jedoch die Verabredung zu unterscheiden, daß dem Gläubiger die verpfändete Sache im Falle nicht gehörig erfolgten Zahlung für einen bereinst zu bestimmenden billigen Preis käuflich verbleiben solle. Eine solche Verabredung zu treffen, ist in den Gesetzen nirgends verboten, vielmehr wird sie als ein bedingter Kauf ausdrücklich erlaubt. Marcian sagt *L. 16. §. ult. D. de pignor. Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim*

74) R. Polizey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 20. §. 5. „Und diewell man in Erfahrung kommt, daß die Juden mit den Christen sondere Beding machen, da die eingesezte Pfänd in benanntet Zeit nicht gelöst würden, daß als dann dieselbige ihnen verfallen seyn sollten. Wenn aber dasselbig den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Beding verboten, und nichtig seyn sollen.“

75) *Code Napoléon* Art. 2078. Toute clause, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. S. Jac. von Maleville's Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Blanchard 4. Band S. 166. und Brauers Erläuterungen über den Code Napoléon. 4. Band. S. 92. ff. Außerdem noch das allgem. Preussische Landrecht 1. Th. 20. Tit. §. 33. Wirttembergisches Landrecht 2. Th. 7. Th. S. Ludw. Fried. Grösfingers Commentar 1. Band S. 445. ff. Mehrere Beispiele führt *Christf. Gottl. Riccius* in *Problem. iuris germ. Num pactum commissorium circa pignora in Germanorum fora — rursus sit invehendum et approbandum? Iende 1743. 4. §. 18.*

enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita Divus Severus et Antoninus restripserunt. Man wendet zwar ein, daß auch diese Verabredung unläugbar als eine Gattung des commissorischen Vertrags anzusehen, und daher unter dem allgemeinen Verbote der L. 3. Cod. de pactis pignor. begriffen sey, welcher das Gesetz der Pandecten auf jeden Fall weichen müsse ⁷⁶). Allein dann müßte man ja die Verfasser der Pandecten der größten Unachtsamkeit und Pflichtvergessenheit beschuldigen, daß sie Fragmente aus den Schriften der Rechtsgelehrten, welche den commissorischen Vertrag begünstigen, in die Pandecten aufzunehmen, und hierdurch das Andenken eines Vertrags zu erneuern kein Bedenken getragen hätten, welches die Verordnung des Kaisers Constantin, die sie doch gewiß schon dem ersten Coder des Kaisers Justinian einverleibt hatten, gänzlich ver tilgt wissen wollte. Sodann aber ist noch die Frage, ob die gegenwärtige Verabredung wirklich für eine Art des commissorischen Vertrags zu halten sey? woran sich mit Grund zweifeln läßt, wenn man erwägt, daß das Wesen des commissorischen Vertrags eigentlich darin besteht, wenn sich der Schuldner dem Gläubiger verbindlich macht, daß ihm, wosfern die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt werden würde, das Pfand, ohne weitem Kauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle. Dieses ist nun aber bey der Verabredung, wovon die L. 16. cit. redet, der Fall gar nicht, indem hier der Gläubiger das Pfand vermöge eines neuen Contracts um einen durch billige

76) S. Webers angeführte Abhandlung S. 7. et 8. in Desselben Versuchen S. 365. ff.

billige Tare zu bestimmenden Preis erhält, wobey also die Besorgniß einer Vervortheilung gar nicht entstehen kann. Die meisten Rechtsgelehrten ⁷⁷⁾ unterscheiden daher mit Recht diese Verabredung von dem commissorischnen Vertrage, und halten sie auch noch jetzt für erlaubt. Eben dieses Unterschiedes wegen, soll, wie Wissenbach ⁷⁸⁾ behauptet, und auch schon Bachov ⁷⁹⁾ vermuthete, denen Zuhet ⁸⁰⁾ ebenfalls beypflichtet, Tribonian die Worte: *iusto pretio tunc aestimandam* beygefügt haben, weil zu

Mars

77) *S. Franc.* BALDUINUS de pignoribus cap. 17. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria resc. Tom. I. pag. 293. sq. *Reinh.* BACHOVIVS de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. *Hubert.* GIPHANIUS Explanat. difficillior. LL. Cod. ad L. ult. de pact. pignor. T. II. pag. 401. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 1. *Operum.* T. II pag. 389. *Io.* ORTIV. WESTENBERG Princip. iuris fec. ord. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 32. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges. Cap. XXI. §. 5. et 6. *van* MUSSCHENBROECK cit. Specim. de lege commissoria in pignore Cap. 2. pag. 657. *Io.* BERN. ERNST. ZEMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. 7. Qu. 10. not. f. *Westphal* im Pfandrecht §. 194. *Iul.* FRID. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. *Christ.* AUG. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 684. *THIBAUT* Syst. des P. R. T. II. §. 649. und *Christ.* GOTTL. SMELIN von Aufsätzen über Verträge, insonderheit von Schuld- und Pfandverschreibung. §. 64. S. 131. f.

78) *Emblemata* Triboniani. Cap. IV. init. pag. 46. edit. *Halenr.* 1736. 8.

79) *Tr. de pignorib.* Lib. I. cap. 16. nr. 9. pag. 81.

80) *Eunomia* Rom. Lib. XX. ad L. 19. §. ult. D. de pign. et hypoth.

Marcians Zeiten der commissorische Vertrag auch bey Verpfändungen noch unbedingt gültig war. Dieses wäre denn ein neues Argument, die mehr gedachte Verabredung von dem Verbote des commissorischen Vertrages auszunehmen. Es hält indessen Johann Wybo⁸¹⁾ ein solches Emblemata anzunehmen nicht einmal für nöthig, weil der Unterschied schon an sich einleuchtet, überdem auch die Entscheidung durch ein Rescript der Kaiser Sever und Antonin bestärkt wird. Ob aber der Vertrag auch dann gültig sey, wenn ausbedungen worden, daß das Pfand dem Gläubiger für einen schon jetzt, zur Zeit des Vertrags, bestimmten Preis auf den Fall verkauft seyn solle, da der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit Zahlung leisten würde, ist streitiger. Einige⁸²⁾ erklären denselben, dem commissorischen Vertrage gleich, für schlechterdings ungültig. Allein ist der in dem Vertrage bestimmte Preis so billig, daß der Schuldner nichts dabey verliert; so läßt sich gegen die Gültigkeit desselben mit Grund nichts einwenden⁸³⁾. Der Grund des Gesetzes ist auch hier noch treffender, als in jenem Falle, da der Preis erst bestimmt werden soll, wenn die Bedingung eintritt. Denn hier ist wirklich ein bedingter Kauf geschlossen worden. Dort konnte nur

§ 2

gesagt

81) De Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 1. pag. 283. edit. Halens.

82) HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. WERNER Observat. for. Tom. III. P. IV. Obf. 62.

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. Cor. 1. Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 216. 2. Smeltin von Aufsätzen über Verträge §. 63. S. 130. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 649. a. C.

gesagt werden: *videtur QUODAMMODO conditionalis esse venditio*, weil es noch an der Bestimmung des Preises fehlte, welche zu einem eigentlichen Kaufcontract erforderlich ist. Wilhelm Best ⁸⁴⁾ hat daher diese Stelle sehr gut erläutert, wenn er sagt: Sed quid sibi vult istud *quodammodo*? Soliusne modestiae est particula, non vero necessitatis? Imo necessitatis. Indicat enim illa vox, hoc pactum proprie non esse *conditionalem venditionem*. Eiusque rei ratio non est valde obscura. Conventio illa appellatur *venditio quodammodo conditionalis*, quia per omnia venditioni sub conditione factae non est similis; cum, quia pretii certi non est promissio, quod tamen requiritur, ut emptio omnibus suis numeris constet ⁸⁵⁾; tum quia hic alius contractus, pignoratitius nempe, praecedit, et intentio utriusque non tam in eo est, ut venditio contrahatur, quam ut debitum solvatur, et restituatur pignus ⁸⁶⁾. Movit itaque Ictum, et Imperatores, ut hoc pactum confirmarent, novus emtionis contractus, qui huic pacto inhaeret, et ex postfacto, si perficiatur, omnem metum fraudis excludit. Noch ist zu bemerken, daß auch in der Praxis für die Gültigkeit des Vertrags, vermöge welchen der Gläubiger, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand für einen jetzt oder dereinst zu bestimmenden Preis käuflich behalten solle, häufig gesprochen worden ist ⁸⁷⁾

Aus

84) Ratio emendandi *Leges Cap. XXI. §. 6.*

85) §. 1. *I. de contrah. emt. L. 7. §. 1. D. eodem.*

86) *Arg. L. 80. fin. D. de contrah. emt. L. 12. D. ad SCrum Macedon. L. 58. §. 2. D. pro socio.*

87) *C. Io. Ulr. de CRAMER Observ. iuris univ. Tom. I. Obs. 434.*
LAUTERBACH *Colleg. th. pt. Pand. h. t. §. 11.* und Ernst

Ferd.

Aus gleichen Gründen ist von dem Verbote des commissorischen Vertrags diejenige Verabredung auszunehmen, vermöge welcher ausgemacht wird, daß das Pfand dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen um einen billigen Preis käuflich verbleiben solle. Von diesem Vertrage, als einem erlaubten bedingten Kaufe, handelt *L. ult. D. de contrah. emt. vendit.* wo Scävola sagt: Titius, cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit, *intra triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecerit die superscripta, et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia* ⁸⁸⁾ *emta esse, quae creditoribus* ⁸⁹⁾ *obligaverat.* Quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet superscripta praedia? Respondit ⁹⁰⁾, *si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est* ⁹¹⁾ *et contractam esse obligationem.* Der Fall, den hier Scävola entscheidet, war eigentlich folgender. Ein Schuldner hatte seinem Gläubiger nicht
nur

Reich. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 18. Band S. 266. ff.

88) Guil. BEST Ratio emendandi Leges Cap. 21. §. 10. glaubt, daß hier das Wort ei noch einzuschalten sey, scil. Lucio fideiussori.

89) Haloander liest hier *creditori*, allein Guil. BEST c. 1. *better creditori suo.*

90) Statt *Respondit*, lesen Haloander und Bauböla *better Respondi*, womit auch der Erlanger Codex übereinstimmt.

91) Statt *facta est*, et will Guil. BEST c. 1. pag. 310. lieber *facta esset* lesen. Eben so Brentmann in dem Gebauer'schen Corpus iuris ad h. L.

nur Grundstücke zum Pfande, sondern auch zugleich einen Bürgen zur Sicherheit gegeben. Dem Bürgen hatte er jedoch versprochen, daß er binnen einer bestimmten Zeit von der Bürgschaft wieder frey gemacht werden sollte; auf den Fall aber, da er sein Versprechen nicht erfüllen, und der Bürge für den Schuldner bezahle haben würde, war verabredet worden, daß die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke dem Bürgen käuflich zufallen sollten. Nun hielt der Schuldner sein Wort nicht, der Bürge aber hatte für denselben bezahlet. Es fragte sich also, ob der Bürge den auf diesen Fall bedungenen Kauf geltend machen könne? *Scävola* entscheidet, der Vertrag sey gültig, wenn die Meinung der Interessenten sey, daß der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke für einen billigen Preis käuflich erhalten solle; ungültig hingegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, daß der Bürge die Hypothek bloß für dasjenige, was er dem Gläubiger für den Schuldner bezahlet hat, zum Eigenthum bekommen solle. Ganz richtig. Denn in dem letztern Falle ist der commissoriale Vertrag unverkennbar. Daß hier nicht dem Gläubiger selbst, sondern einem Dritten das Pfand zufällt, macht keinen Unterschied. Wie leicht könnte sonst das gesetzliche Verbot durch Einverständnis mit dem Bürgen vereitelt werden? Ueberdem wird ja auch der Bürge, welcher für den Schuldner bezahlet hat, desselben Gläubiger. Daß er aber doch ein neuer Gläubiger sey, wie *Anton Faber* ⁹²⁾ hier einwenden will, entscheidet hier eben so wenig, als das Vorurtheil, daß der Bürge mehr, als der Gläubiger, zu begünstigen sey. Allein in dem ersten Falle gilt der Vertrag

92) Rational. in Pand. ad L. ult. pr. D. de contrah. E. V.

trag als ein bedingter Kauf, und hier ist es denn ganz gleichgültig, ob er mit dem Gläubiger selbst oder mit dem Bürgen geschlossen wird, weil der Schuldner dabei keinen Schaden leidet, indem aus dem Werthe der Sache die Schuld berichtigt, und der Ueberschuß an den Schuldner herausgezahlt wird. So erklären diese Stelle Franz Balduin⁹³⁾, Jacob Gothofredus⁹⁴⁾, Zubertr Giphanius⁹⁵⁾, Johann Voer⁹⁶⁾, Wilhelm Best⁹⁷⁾, und Johann Wilhelm van Muschenbroëk⁹⁸⁾. Ist diese Erklärung richtig, worüber wohl kein gegründeter Zweifel entstehen kann, so hat Scävola hier den Unterschied des Vertrags, über dessen Gültigkeit er entschied, von dem commissorischen deutlich genug dargelegt, und es ist daher offenbar unrichtig, wenn man jene Verabredung unter das Verbot des letztern Vertrages ziehen, und behaupten will, daß das Gesetz der Pandecten durch die *L. ult. Cod. de pactis pignorum* sey aufgehoben worden⁹⁹⁾.

§. 870.

93) De pignorib. et hypoth. cap. 17, in fin.

94) Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de commissor. rescind. Tom. I. pag. 294.

95) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Libr. VIII. ad L. 3. de pactis pignorum pag. 299.

96) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. in fin.

97) Ratio emendandi LL. cap. XXI. §. 7 — 12. pag. 306. sqq.

98) Cit. Specim. de lege commiss. in pignore Cap. II. in Ger. OELRICHS *Thes. nov. Dissertt. Belgic.* Vol. I. T. II. p. 656. sq.

99) Hierin stimmen auch Westphal im Pfandrecht §. 260. Not. 292. nr. 3. S. 379. f. *de voccey* in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. und Thibaut im System des Pändectenrechts 2. Th. §. 649. a. E. ein.

§. 870.

Vom antichretischen Vertrage.

Zu den Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers gehört ferner III. daß, wenn das Pfand eine fruchttragende Sache ist, derselbe wegen der sowohl gezogenen als vernachlässigten Früchte Rechnung ablege¹⁰⁰⁾. Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg, wenn dem Pfandcontract der antichretische Vertrag ist angehängt worden. Es wird darunter derjenige Vertrag verstanden, wodurch dem Gläubiger die Benutzung der verpfändeten Sache dergestalt ist eingeräumt worden, daß er die Früchte, statt der ihm gebührenden Zinsen, jährlich genießen soll¹⁾. Die Benennung

100) L. 1. L. 3. Cod. h. t.

1) Es sind hier folgende Schriften zu bemerken. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Disquisit. de iure *αντιχρηστικω*. *Tubingae 1654.* *Heur. COCOZYI* Disput. de antichresi. *Heidelbergae 1678.* (in *RIUS Exercitat.* Vol. I. nr. 29.) *Io. Phil. STREIT* Diss. de antichresi *Erford.* 1706. *Io. Guil. MAN* Diss. de pacto antichretico. *Ultrajecti 1709.* *Hug. Franc. HUNOLD* Diss. de pacto pignoris antichretico. *Erfordiae 1721.* *Cenr. Wilh. STRECKER* Diss. de pacto antichretico. *Erf.* 1726. *Heur. BROKES* Diss. de antichresi, quatenus est usurariae pravitatis involucrem, cautelis eliminanda. *Vittembergae 1734.* *Ern. Io. Frid. MANTZEL* Positiones inaug. de limitibus contractus antichretici. *Rostochii 1738.* *Aug. a LEYSER* de pignore antichretico, in *RIUS Meditat. ad Pand.* Specim. CLVII. *Hier. Frid. SCHORCH* Pr. de usu pignoris a debitore loco usurarum concessio. *Erf.* 1748. *Christ. Fried. Lönne von Lüttichau* Jurist. mathemat. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand; (in Desselben vermischten jurist. mathematischen Abhandlungen. *Altonae 1769.* 8.) Nr. I. *God. Dan. HOFFMANN* Ictus mathematicus et in specie analytica circa antichresin. *Tüb.* 1767.

nung selbst, stammt aus dem Griechischen her. Man ist indessen noch nicht einig, ob man sie von dem Worte $\chi\rho\nu\sigma\alpha\iota$, welches soviel, als *utendum dare*, heißt, oder von $\chi\rho\nu\sigma\alpha\iota$, *utendum accipere*, seu *uti*, ableiten soll²⁾. Soviel ist gewiß, daß das Wort: *antichrese* der Etymologie nach soviel als *mutuus usus*, *Begennugung*, heißt; und wird theils für den Vertrag genommen, wodurch ein gegenseitiger Gebrauch verschiedener Sachen unter den Partheyen verbunden worden ist, theils für das durch einen solchen Vertrag erworbene Gebrauchsrecht, theils für den Gegenstand desselben oder die Sache selbst, welche mittelst eines solchen Vertrags dem Andern eingeräumt worden ist. Dieser Vertrag ist zwar bey dem Pfandcontract am gewöhnlichsten, aber doch demselben nicht so eigen, daß er nicht auch bey andern Geschäften geschlossen werden könnte. Denn die Natur der Antichrese besteht nicht darin, daß der Gläubiger Sicherheit erhalte, sondern daß er die Früchte einer Sache statt der Zinsen genießen solle. Sie kann daher auch ohne die Verpfändung der Sache gedacht werden, und bey allen und jeden Contracten, sowohl benannten als unbenannten, Statt haben, in welchen sich die Contractanten den gegenseitigen Gebrauch verschiedener Sa-

1767. *Sam. Reinh. WEBER* Tract. iurid. mathematic. de pacto antichretico. *Goslingae* 1772. *Garlieb HANKE* Diss. de vere indole et natura Antichreseos. *Giesae* 1783. und *Georg Happel* die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder, und antichretischen Verträge besonders bey ausgebrochenem Concurse. *Siegen u. Darmstadt* 1802. 8.

2) *S. Claud. SALMASIUS* Tr. de modo usurarum cap. 14. *Arn. VINNIUS* Select. iuris Quaestio. Lib. II. cap. 7. *Ger. NOODT* Observation. Lib. II. cap. 9.

Sachen ausbedingen ³⁾). Die Beyspiele, welche wir in den Gesetzen ⁴⁾) von einer solchen Antichresis finden, wobey keine Verpfändung geschehen ist, setzen dieses ausser Zweifel. Viele ⁵⁾) behaupten zwar dennoch mit Cujaz ⁶⁾) das Gegentheil, welcher lehrt: *αντιχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum.* Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Gesetze gewöhnlich beim Pfandcontract der Antichrese gedenken ⁷⁾), und daher den Genuß der Früchte des Pfandes statt der Zinsen mit diesem Namen im eigentlichen Sinn bezeichnen ⁸⁾); so läßt sich doch deswegen eben so wenig behaupten, die antichresis sey eine Art des Pfandes oder Pfandcontracts, als man sagen kann, der commissorische Vertrag sey eine Art des

3) S. *Heur. cocceji* Diss. cit. de antichresi. §. 3 — 6. und *Io. Jac. xres* Commentat. ad L. 8. D. in quib. causis pignus vel hyp. tacite contrahitur. *Lipsiae* 1812. pag. 12. sqq.

4) L. 6. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. L. 14. Cod. de usuris.

5) *Ianus a costa* in Comm. ad §. 7. I. de action. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169. *Westphal* Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125. *HANKER* in Diss. de vera indole et natura antichreseos §. 4. u. a. m.

6) Observation. Lib. III. cap. 35.

7) Daher handelte der Röm. Jurist *Marcian* in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam auch von der Antichresis, wie aus L. 33. D. de pignoratit. actions erhellet.

8) In den Scholien der *Vasilien* heißt es Tom. IV. p. 30. *Αντιχρησις ἐστίν, ὅτι τῷ ὑποθαμένῳ ἀγρῷ τὰς καρποὺς αὐτῷ τοῦτον διαλαμβάνω.* i. e. *ANTICHRESIS est, cum quis fundi pignorati fructus in vicem usurarum percipit.*

des Kaufcontracts. Die Stellen des Römischen Rechts, welche von der antichresis handeln, werden uns die Natur derselben näher kennen lehren. Es gehören hierher folgende.

1) *L. 33. D. h. t. Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recipendam ἀντιχρησιν*, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der antichretische Vertrag dem Pfandcontract war beygefügt worden, und der Schuldner, nach getilgter Schuld, das antichretische Pfand zurückverlangte. Das Wort *antichresis* wird also hier für eine solche Sache genommen, welche dem Gläubiger *sub pacto antichretico* verpfändet worden ist. Verweigerte hier der Gläubiger die Zurückgabe derselben, so war ohne Zweifel die *actio pignoratitia* gegründet. Die Worte: *hoc verbo poterit uti*, heißen also hier soviel, als *hac formula*, oder *hac actione poterit uti* 9). Der Grund der Entscheidung wird darin gesetzt, weil hier ein Pfandcontract geschlossen worden sey. Dies ist unstreitig der Sinn der Worte: *cum pignus sit*, welche *Salmasius* 10) ohne allen Grund für ein Glossem hält.

2) *L. 11.*

9) Die Bedeutung des Wortes: *Verbum* für *formula* seu *actio* kommt auch an andern Orten vor. *L. 4. §. 2. D. de vulgari et pupill. substitut. L. 35. Cod. de inoff. testam. L. 2. Cod. de bonis vacantib. S. Barn. BRISSONIVS de Verborum Significat. voc. Verbum.* und *Westphals Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.*

10) *loc. cit.* Auch die *Vasliken Tom. IV. pag. 12.* haben *ἡ ἀντιχρησὶς ἐνέχυρόν ἐστι.*

2) L. 11. §. 1. D. de pignorib. et hypoth. Si *ἀντιχρησις* ¹¹⁾ facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; *cum in usuras fructus percipiat*, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet *in factum actione* uti.

Das Wort *antichresis* wird hier, wie Noodr ¹²⁾ gegen Salmasius ganz richtig bemerkt, für den antichrestischen Vertrag genommen. Dieser war hier ohne Verpfändung der Sache eingegangen worden. Nach dem Vertrage sollte nun zwar der Gläubiger den Besitz des Grundstücks solange statt eines Pfandes inne behalten, bis das Kapital wieder bezahlt seyn würde, und die Früchte statt der Zinsen genießen, democh aber hatte derselbe den Besitz der Sache schon früher verloren. Es fragte sich also, welche Klage dem Gläubiger zustehet, um deshalb Entschädigung zu erhalten? Marcian entscheidet für die *actio in factum*. Diejenigen Rechtsgelehrten, wel-

11) Die Vulgata liest hier: *id est, mutuus pignoris usus pro credito*. Allein diese Worte fehlen in der Florentinischen Handschrift der Pandecten, und auch in den Basiliken Tom. IV. pag. 34. stehen sie nicht. In unserm Erlanger Codex liest man sie auch nicht. Nicht ohne Grund hält sie daher LAUTERBACH in Diss. de iure antichrestico Th. 2. für ein Glossem. Lächerlich ist es übrigens, wenn die Glossatoren aus Unwissenheit der griechischen Sprache statt *ἀντιχρησις*, *antiphona* gelesen haben wollen, welches, wie schon Andr. ALCIATUS Dispunction. Lib. II. cap. 3. bemerkt, hier gar keinen Sinn hat.

12) Observation. Lib. II. c. 9.

welche sich einbilden, eine Antichresis sey ohne ein Pfandrecht gar nicht denkbar, gerathen bey dieser Entscheidung in nicht geringe Verlegenheit. Cujaz ¹³⁾ meint zwar der Schwierigkeit dadurch am leichtesten abzuhelfen, daß er mit Uzo sagt, die actio in factum, deren hier Erwähnung geschieht, schließe die hypothekarische Klage nicht aus. Ihm stimmt auch Westphal ¹⁴⁾ bey, welcher sogar glaubt, die hier angegebene actio in factum sey in effectu keine andere, als die hypothekarische Klage. Allein dagegen erinnerte schon Reinhard Bachov ¹⁵⁾ nicht ohne Grund, daß bey Verpfändungen der actio in factum sonst nirgends gedacht werde, und daß es dem Römischen Juristen ein Leichtes gewesen wäre, die hypothekarische Klage zu nennen, wenn er geglaubt hätte, daß sie in diesem Falle Statt finde. Vielleicht, meint er, liege der Grund, warum der Römische Jurist hier nur eine persönliche Klage gestattet, darin, weil der Gläubiger durch die Antichresis, tanquam ex personali obligatione, nur das Recht erwirbt, die Früchte der Sache zu genießen. Er getrauet sich indessen nicht, hierin Etwas mit Gewißheit zu behaupten. Mit mehrerer Kühnheit sucht Gerhard Noodt ¹⁶⁾ den Knoten aufzulösen. Er nimmt zur Emendation des Textes seine Zuflucht, und liest statt in factum actione, *hac actione*, worunter er dann die hypothekarische Klage versteht, von welcher der Titel der Pandecten handelt, unter den Marcians

13) Lib. III. Observation. cap. 35. in fin.

14) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

15) Tr. de pignoribus et hypothec. Lib. III. cap. 19. nr. 2. pag. 234.

16) Observation. Lib. II. cap. 9.

cians Fragment gestellt ist. Allein mit Recht haben diese eben so gewaltsame, als unnöthige Emendation Joh. Jenzsius¹⁷⁾, Fried. Esaias von Pufendorf¹⁸⁾, Porhier¹⁹⁾ und Westphal²⁰⁾ verworfen. Nicht nur die Basiliken²¹⁾ streiten für die Richtigkeit des Textes, in welchen die letztern Worte unsers Fragments so übersetzt sind: Καὶ ἐπιπέτων τῆς νομῆς περὶ τῶν πράγματος ἀγωγῆν κινεῖ; sondern auch die Natur des antichretischen Vertrags, welcher an sich kein Pfandrecht giebt, macht die Beibehaltung der Lesart nothwendig, deren Aenderung überdem die genaue Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben der Pandecten verbietet. Auch der Schollast der Basiliken²²⁾ gedenkt der *actio in factum* namentlich, und giebt zugleich den Grund an, warum die hypothekarische Klage nicht Statt haben könne. Er sagt nämlich: Οὐ τὴν Σερβιανὴν, ἀλλὰ τὴν ἐν Φάκτουμ. οὐ γὰρ ἐνέχυρόν ἐστι κερῶς, ἀλλὰ πηγνορις λόκο τὴν ἀντίχρησιν ἔχει. - i. e. *Non Serviana, sed in factum: non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet.* Daß in dem Text von keinem antichretischen Unterpfande die Rede sey, geben übrigens die Worte: *eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur*, so deutlich zu ver-

17) *Strictur. ad Rom. iuris Pandectas* L. 11. §. 1. D. de pignorib. pag. 140.

18) *Observation. iuris univ.* Tom. II. Obs. 169.

19) *Pandectae Iustinian.* Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XXV. not. d. pag. 561.

20) *Pfandrecht* §. 66: Not. 89. S. 125.

21) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 11. §. 1. pag. 34.

22) Tom. IV. pag. 49. Schol. f.

verstehen, daß man sich billig wundern muß, wie der große *Noodt* auf eine solche ganz unpassende Emendation habe verfallen können. Weit scharfsinniger urtheilt *Ulrich Zuber* ²³⁾, dessen Worte hier einen Platz verdienen. *Mihi sic videtur*, sagt er, *pignus et antichresin esse duas res distinctas, et ex earum conjunctione nasci pignus antichresticum. Ex hoc hypothecariam actionem dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc §. 1. antichresin solum creditor accepisse proponitur, hoc est, conventio, qua convenit, ut creditor usurarum loco certi praedii fructus percipiat, est celebrata, nihil amplius. De iure pignoris nihil est dictum, et tamen sine speciali de pignore conventionione non constituitur expressum pignus: et si, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res loco pignoris fit. Verum sine conventionione de pignore non potest, inquam, actio hypothecaria nasci; ideoque personalis in factum duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. De pignoris iure constituto nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, mutuus pignoris usus, illa non sunt MARCIANI, sed Interpretis, graecam vocem ἀντιχρησιος interpretantis: quae tamen nihil, quam mutuum usum denotat. Mit Zuber stimmt auch Peter von Greve ²⁴⁾ überein, wenn er sagt: Antichresis differt a pignore, nam si, cui antichresis concessa*

23) *Eunomia Romana* Libr. XX. ad L. 11. §. 1. D. de pignorib. §. 2. pag. 726. sq.

24) *Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora* Exerc. XV. Th. 11. pag. 373.

cessa est, amiserit possessionem, non habet actionem hypothecariam, sed utitur *actione in factum*. Wäre in dem Falle, wovon Marcian spricht, wirklich eine Verpfändung geschehen, und, ohne dieselbe, wie man gewöhnlich lehrt, ein antichretischer Vertrag nicht denkbar, so wäre unbegreiflich, warum dem Gläubiger, im Falle des verlohrenen Besizes, nicht eben so gut die *actio pignoratitia contraria* gegen den Schuldner zustehen sollte, als sich dieser, nach getilgter Schuld, der *actio pignoratitia directa* gegen den Gläubiger bedienen kann. Eben dieses erinnert auch Edmund Merillius ²⁵⁾ gegen die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ganz richtig, nur kann ich ihm darin nicht beypflichten, wenn er unter der *actio in factum*, eine *actio praestoria* verstehen will, *quae datur deficientibus aliis actionibus*. Warum sollte hier nicht die *actio in factum praescriptis verbis* Statt finden? Der Schuldner hatte ja dem Gläubiger dafür, daß er ihm den Gebrauch eines Kapitals gestattete, den Besiz eines Grundstücks eingeräumt, um die Früchte, statt der Zinsen, zu genießen. Es war also kein bloßes Darlehn, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden, welchen Marcian *antichreticus* nennt. Daß hier von einer in einem solchen Falle gewöhnlichen Klage, und also von der *actio praescriptis verbis*, die Rede sey, beweisen auch die Worte: *solet in factum actione uti*. Hierdurch widerlegt sich zugleich die Meinung des Heinrich Cocceji ²⁶⁾, welcher Marcians Fragment von einem solchen Falle verstehen will, wo der antichretische Vertrag *ex intervallo*

dem

25) Observation. Lib. VIII. esp. 23. in fin.

26) Diss. de antichresi. Th. 8.

dem Pfandcontract war begehrt worden, und darin den Grund legt, warum hier die actio pignoratitia contra nicht Statt gefunden habe. Die L. 39. D. h. t. worauf er sich berufe, gehört gar nicht hierher. Denn es ist dort von keinem antichretischen Vertrage die Rede. Dem Gläubiger war der Genuß des verpfändeten Grundstücks nicht der Zinsen wegen, sondern um sich wegen des Kapitals dadurch bezahlt zu machen, eingeräumt worden. Von einer Klage war auch hier die Frage nicht.²⁷⁾

3) L. 6. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potestate. Si servus tuus sine permisso tuo, accepta pecunia mutua, in usurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit: nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat: cum te servi factum non obligaverit, et ingrediens rem tuam, contra vim eius, auctoritate competentis iudicis protegeris.

Auch in diesem Falle war der antichretische Vertrag ohne Verpfändung der Sache geschlossen worden, und es wäre gegen die Gültigkeit desselben nichts einzuwenden gewesen, wenn ihn nur der Sklave nicht ohne Erlaubniß seines Herrn geschlossen hätte, wie aus der folgenden Bestimmung erhellet.

4) L. 14. Cod. de usuris. Si ex pactione uxor tuâ muttuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiã locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usura-

²⁷⁾ Man sehe über die L. 39. h. t. Westphals Pfandrecht S. 15. Not. 29. C. 42. f.

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Eb.

usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Ohne Zweifel ist zwar hier von einem antichretischen Vertrage, aber von keiner Verpfändung die Rede. Von einer antichretischen Verpfändung hingegen spricht folgende Gesellschaft.

5) *L. 17. Cod. eodem.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumentum propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

Aus den angeführten Gesellschaften ergeben sich nun folgende Wahrheiten.

I. Der antichretische Vertrag kann nicht nur dem Pfandcontract, als Nebenvertrag, beygefügt, sondern auch, ohne Verpfändung der Sache, nach Art eines unbenannten Contracts eingegangen werden. In dem letztern Falle ist es ein *contractus do ut facias*, nicht *do ut des*, wie Heinrich Cocceji²⁸⁾ ganz richtig bemerkt, dem auch Gottfr. Dan. Hoffmann²⁹⁾ beystimmt. Denn das Wort *dare* drückt in der Sprache des röm. Rechts eine Uebertragung des Eigenthums aus³⁰⁾. Allein hier ist von einer bloßen Einräumung des Besizes und Gebrauchs

28) *Diss. cit. de antichresi Th. 3.*

29) *Diss. sub tit. Iuriconsultus mathematicus et in specie analytica circa antichresin et interusurium. Tubingae 1767. Sect. I. §. 11.*

30) §. 14. *I. de actionib.*

betrücht einer Sache die Rede: Solche Geschäfte qualifi-
ciren sich zu keiner datio, sondern bloß zur traditio, und
diese wird zum factum gerechnet³¹⁾. Die hieraus
entspringende Klage ist, wie uns Marcian³²⁾ oben leh-
re, die *actio in factum praescriptis verbis*, welche, als eine
actio bonae fidei, auf alles geht, was die Billigkeit er-
fordert, und also auch auf leistung des Interesse, wenn
etwa die antichretisch eingeräumte Sache evincirt wird. Ist
die Schuld bezahlt, so findet nicht, wie Hoffmann³³⁾
behauptet, die *condictio sine causa* statt, weil hier dem
Schuldner sein Eigenthumsrecht unverändert bleibt³⁴⁾;
sondern die *rei vindicatio*, oder die *actio in rem publicia-
na*. Ist hingegen der antichretische Vertrag dem Pfand-
contract beygefügt worden, so ist die aus dem Pfandcon-
tract entspringende *actio pignoratitia* begründet, wie uns
ebenfalls Marcian lehret³⁵⁾.

II. Der antichretische Vertrag setzt immer eine aus-
drückliche Verabredung voraus. Viele³⁶⁾ behaupten zwar

§ 2

mit

31) L. 28. D. de verbor. obligat. S. Io. van NECK Diss. ad
L. ult. D. de condict. caus. dat. Cap. 2. (in Ger. OELRICHS
Thej. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. T. II. p. 393. sqq.)

32) L. 11. §. 1. D. de pign. et hyp.

33) Cit. loco.

34) Man sehe den Tit. de conductione sine causa. §. 836. im
13. Th. dieses Commentars S. 183. ff.

35) L. 33. D. h. t.

36) VOZT Comm. ad Pand. h. t. §. 23. Ger. NOODT Tr. de
foenore et usuris Lib. II. cap. 9. Io. Frid. EISENHART Diss.
rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perce-
ptot. sist. (in Opusc. Nr. XV.) Sect. I. §. 2. Ios. Mar.

mit Cujaz ³⁷⁾, daß dieser Vertrag auch durch eine stillschweigende Uebereinkunft geschlossen werden könne; welche nämlich in dem Falle anzunehmen sey, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfande eingeräumt hat, ohne wegen der Früchte eine besondere Verabredung zu treffen. Man beruft sich deshalb auf die bereits oben vorgekommene *L. 8. D. in quib. caus. pignus* wo Paulus sagt: *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum ufuras retinere.* Allein daß hier von keiner *antichresis tacita* die Rede sey, ergiebt sich, wie schon längst Bachov ³⁸⁾, Vinnius ³⁹⁾ und Samuel von Cocceji ⁴⁰⁾ gezeigt haben, daraus ganz offenbar, daß nach dem angeführten Gesetz der Gläubiger nur so viel von den Früchten, als das Maas der gesetzlichen Zinsen beträgt, zurückbehalten kann, die übrigen aber auf das Kapital abrechnen muß; dahingegen das Wesen der *Antichresis* darin besteht, daß der Gläubiger sich blos wegen der Zinsen durch die Früchte entschädigen soll, ohne daß das Kapital dadurch getilgt wird ⁴¹⁾. Dort muß daher

SCHNEIDT *Specim. arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresis, interusurio et redditibus annuis applicatae.* *Wircsburgi* 1784. Cap. 3. §. 64. *Conr. Wilh. STRECKER* *Diss. de pacto antichretico.* §. 14. sqq. u. a. m.

37) *Observation.* Lib. VIII. cap. 17.

38) *Tr. de pignor. et hypoth.* Lib. I. cap. 14. nr. 3. et. 4.

39) *Select. iuris Quaesit.* Lib. II. cap. 7.

40) *Iur. civ. controuv. h. t. Qu.* 4.

41) S. Happel *Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder.* 4. Abschn. S. 230. ff. und HANKER *Diss. de vera indole et natura antichresios.* §. 8.

her der Gläubiger wegen der Früchte Rechnung ablegen, und auch die vernachlässigten Früchte werden ihm angerechnet ⁴²⁾; diese Berechnung fällt hingegen bey dem antichretischen Vertrage weg ⁴³⁾, weil hier der Gläubiger wegen des ungewissen Ertrags der Früchte nicht an die Größe der gesetzmäßigen Zinsen gebunden ist, wie in der oben angeführten Stelle, *L. 17. C. de Usuris*, der Kr. Philipp rescribte; und da er die Jahresfrüchte statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben behält, so kann auch keine Frage davon seyn, wie viel an Früchten hätte geerntet werden können, weil hier dem Gläubiger, der blos um seines eigenen Vortheils willen die Früchte zieht, keine Culpa zur Last gelegt werden kann, deren Wirkung bekanntlich nur die *fructus percipiendi* sind ⁴⁴⁾.

III. Da das Wesen des antichretischen Vertrags darin besteht, daß der Gläubiger die sämmtlichen Früchte der Sache ohne alle Berechnung behalten, und sie auf die Zinsen seines Kapitals rechnen soll; so darf damit die Verabredung nicht verwechselt werden, vermöge welcher nämlich der Gläubiger nur befugt seyn solle, von den Früchten der verpfändeten Sache soviel zu behalten, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen, den Ueberschuß aber entweder auf das Kapital abrechnen, oder dem Schuldner jährlich herausgeben soll. Ein Beispiel von einer solchen Verabredung führt Papinian an, wenn er *L. 1.*

§. 3.

42) *L. 1. 2. et 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de partu pignoris et omni causa. L. 1. Cod. de distract. pignor.*

43) *S. Io. Will. ENGELBRECHT Diff. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Helmst. 1724. §. 7. 199.*

44) *§. 2. l. de officio iudicis.*

§. 3. *D. de pignor. et hyp. sagt.* Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, *fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae* ⁴⁵⁾, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit; cum, ad diem minore foenore non soluto, *legitimae maiores usurae* stipulanti recti permitti potuerunt. Daß hier keine wahre Antichresis vorhanden sey, hat mit Cujaz auch Westphal ⁴⁶⁾ ganz richtig bemerkt, und daß auch bey dieser Verabredung der Gläubiger Rechnung ablegen müsse, versteht sich ⁴⁷⁾. Ein gleiches gilt in dem Falle, wovon die Novelle 120. Kap. 4. handelt, wo es heißt: Si contingat, ut quaedam ex dictis venerabilibus domibus ad fiscalia tributa, vel aliam quamcunque necessitatem venerabili domui incidentem, pecunia indigeat; liceat administratoribus earum rem immobilem obligare, et speciali pignori dare, ut creditor eam rem possideat, et fru-

45) In den Basiliken T. IV. pag. 32. heißt es μέγιστον τὸ νόμον τὸν νόμον. Es war also in dem Falle des Gesetzes das Maximum der gesetzmäßigen Zinsen, folglich *usura centesima*, ausbedungen, wenn der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit die stipulirten geringern Zinsen bezahlen würde. Diese centesima pars fortis in singulos menses wird auch vorzüglich *usura legitima* genannt. L. 9. §. 1. *D. de usuris* L. 8. C. *Si certum petat.* S. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de Usuris Nr. XXI. not. 2. et Nr. XXIX. pag. 623. NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 3. van BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. Der gelehrte Schollast der Basiliken T. IV. pag. 48. erklärt die Worte *legitimae usurae*. durch τὸ ἡμεμενοστικαίου, i. e. semiffalia.

46) Pfandrecht §. 64. Not. 87.

47) S. HANKER cit. Diff. §. 5.

fructus eius colligat, sibi que partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, quarta parte centesimas non maiores, imputet. Si debitum solvant, qui venerabili domui praefuerunt, vel ex fructibus creditori satisfiat: res ad venerabilem domum, a qua data est, rursus redeat.

IV. Aus allem ergiebt sich also soviel, daß, wenn eine wahre Antichresis Statt haben soll, nicht nur Zinsen versprochen, sondern auch ausdrücklich verabredet worden seyn müsse, daß der Gläubiger statt derselben die Früchte der Sache genießen und behalten solle. Sind daher entweder gar keine Zinsen versprochen, oder es ist wegen der Früchte nichts verabredet worden, so darf der Gläubiger die ihm verpfändete Sache nicht für sich benutzen, noch die Früchte statt der Zinsen sich zueignen⁴⁸⁾, sondern er muß dieselben auf das Kapital abrechnen, auf die Zinsen aber nur insofern, als ein rechtlicher Grund dazu vorhanden ist, und den Ueberschuß an den Schuldner herausgeben, mithin Rechnung über die Früchte ablegen, wobei ihm denn auch die vernachlässigsten Früchte abgerechnet werden können⁴⁹⁾.

V. Der antichresische Vertrag ist nach dem römischen Rechte zwar ein erlaubter Vertrag, er darf aber doch nicht zur Bedeckung eines unerlaubten Zinswuchers dienen, wenn er auch gleich nicht gerade an die Strenge des gesetzmäßigen Zinsenmaßes gebunden ist, wie die oben angeführten Gesetze L. 14. et 17. Cod. de Usuris klar beweisen. Das

cano-

48) §. 6. 1. de obligat. quae ex delicto. L. 54. D. de furt.

49) L. 1. 2. 3. et 12. Cod. h. t. L. 1. Cod. de distract. pignora.

canonische Recht mißbilliget zwar diesen Vertrag, weil es dem Gläubiger erlaubt, die Früchte der Sache, statt der Zinsen, zu genießen, welche das canonische Recht verdammet⁵⁰⁾. Der Gläubiger darf also nach diesem Rechte die Früchte bloß auf das Kapital abrechnen, und ist auf solche Art das Kapital abgetragen worden, so muß er das Pfand ungesäumt zurückgeben⁵¹⁾. Es werden aber doch auch selbst in dem canonischen Recht zwey Fälle ausgenommen, wo es dem Gläubiger erlaubt wird, die Früchte auf die Zinsen zu rechnen, ohne daß dadurch das Kapital getilgt wird, nämlich 1) wenn ein Vasall das Feudum dem Lehnherrn antichretisch verpfändet⁵²⁾; 2) wenn der Ehemann zur Sicherheit des ihm versprochenen Heyrathsguts einſtwillen von seinem Schwiegervater ein antichretisches Unterpfind

50) *Cap. 1. et 2. X. de Ufuris. Cap. 7. et 32. X. de iureiur. Cap. 4. X. de pignorib.* GONZALEZ TELLES Commentar. ad *Cap. 6. X. de pignorib.* Tom. III. pag. 378. sq.

51) *Cap. 6. X. de pignorib. Cap. 8. X. de Ufuris. Jan. a COSTA* Commentar. in *Decretales ad cap. 6. X. de pignorib.* pag. 517.

52) *Cap. 1. X. de fructis.* Hier rescribit Innocentius III. Inſtinatione praesentium declaramus, quod gageris, quam de feudo ecclesiae tuae a M. dignosceris recepisse, a te potest libera detineri, fructibus non computatis in sortem, ita videlicet, ut, quam diu fructus illos ceperis, in sortem minime computandos, idem M. a servitio, in quo tibi et ecclesiae tuae pro feudo ipso tenetur, interim sit immunis. Das Wort *Gageris* bedeutet hier ein antichretisches Unterpfind. S. BOHMEN in edit. *Corp. iuris canon. ad hoc cap. pag. 485. und Ant. Dad. ALTERRA Innocentius III. ad idem capic. pag. 423.*

pfand erhalten hat⁵³⁾. Allein in Deutschland war von jeher der antichretische Vertrag bey Verpfändungen üblich, und die Grundsätze des canonischen Rechts haben die Gültigkeit desselben zu entkräften nicht vermocht, wie Böhmmer⁵⁴⁾ aus vielen Urkunden des Mittelalters bewiesen hat.

VI. Um den Rechtsbestand des antichretischen Vertrags näher zu beurtheilen, unterscheiden die meisten Rechtsgelehrten⁵⁵⁾, ob die Nutzungen der verpfändeten Sache in gewissen Einkünften bestehen, deren jährlicher Betrag genau bestimmt werden kann, z. B. die Einkünfte bestehen in bestimmten Geldzinsen, die ein Jahr, wie das andere, von den Zinspflichtigen entrichtet werden müssen; oder ob sie in ungewissen Einkünften bestehen, deren Ertrag nicht ein Jahr, wie das andere, fällt, sondern von dem Wachsthum und zufälligem Werthe der Früchte abhängt.

In

53) *Cap. 16. X. de usuris.* wo Innocenz III. folgende Entscheidung giebt. *Sane generum ad fructus possessionum, quae sibi a focero sunt pro numerata dote pignori obligatae, computandos in sortem, non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda.* Statt *numerata* muß hier mit *ALTEERRA C. l. numeranda* gelesen werden.

54) *Iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 28.*

55) LAUTERBACH *Diff. de iure antichretico. Th. 44. §§. et in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8.* BERGER *Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. §. 15. de cocorji iur. civ. contro. h. t. Qu. 5.* STRECKER *Diff. de pacto antichretico. §. 8.* HOFFMANN *Diff. de antichresi. Sect. I. §. 7.* Westphal *Pfandrecht §. 65.* HOFACKER *Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1201.* MALBLANC *Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571.* und *Uebersetzung* *Huffäge über Verträge §. 44.*

In dem ersten Falle, sagt man, dürfe die Benutzung die Größe der gesetzmäßigen Zinsen nicht überschreiten; der Gläubiger müsse also den Ueberschuß am Kapital abrechnen, sonst mache er sich eines verbotenen Zinswuchers schuldig. In dem letztern Falle hingegen komme es wegen des ungewissen Ertrags der Früchte, nicht so genau auf die gesetzmäßige Größe der Zinsen an; daher sey auch hier der Gläubiger nicht so, wie in jenem ersten Falle, verbunden, von den bezogenen Früchten des Gutes Rechnung abzulegen, es müßte denn der jährliche Ertrag der Früchte gewöhnlicher Maassen so ansehnlich seyn, daß er auch in mittelmäßigen, ja schlechten Jahren immer noch die GröÙe bedeutend übersteige. Allein andere verwerfen diesen Unterschied, und diese theilen sich wieder in zwey Parteien. Einige ⁵⁶⁾ lassen durchaus kein Uebermaaß der Zinsen zu, und halten daher den antichretischen Gläubiger in jedem Falle zur Ablegung der Rechnung verpflichtet. Denn die römischen Gesetze ertheilten hierüber keine allgemeine Vorschrift, sondern sprächen nur von besondern Fällen, wo die Gewißheit der Nutzungen entweder gar nicht auszumitteln stand, oder wo wenigstens der Gesetzgeber nach den vorgetragenen Umständen die Ausmittlung für unmöglich hielt. Z. B. der Schuldner beschwerte sich über unbilligen Wucher des Gläubigers, ehe noch die Zeit verstrichen war, bis auf welche der antichretische Vertrag geschlossen

56) Nic. PRAGEMANN Diss. de processu liquidationis in antichreticis. *Ienae 1718.* God. Lud. MENCKEN Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. *Lipsiae 1745.* Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 10. und besonders Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder 4. Abschn. S. 362. ff.

schlossen worden. Hier habe freylich der Schuldner nach L. 17. *Cod. de usur.* noch zur Zeit kein Gehör finden können, weil, wenn auch der Gläubiger in den ersten Jahren gewonnen hatte, es doch leicht möglich war, daß er wieder schlechte Jahre haben konnte. Der Rechtsbestand des antichretischen Vertrags müsse daher vielmehr aus den deutschen Gesetzen ⁵⁷⁾ beurtheilt werden, welche alle wucherlichen Contracte ausdrücklich mißbilligten, und also auch keinem Gläubiger erlaubten, wenn er statt der Zinsen Früchte zu beziehen hat, mehr davon sich zuzueignen, als ihm am Geld bezahlt werden würde. Andere ⁵⁸⁾ hingegen halten den Unterschied zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen darum für ungegründet, weil sie die L. 17. *Cod. de Usuris* als eine allgemeine Vorschrift ansehen, in welcher die Worte: *propter incertum fructuum proventum* keine Restriction enthielten, sondern den Hauptentscheidungsgrund austruckten, warum der antichretische Gläubiger keine Rechnung abzulegen verbunden, sondern vielmehr der Vertrag für gültig zu halten sey, wenn auch der Schuldner darthun könnte, daß der Gläubiger mehr an Früchten gewonnen habe, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen. Die deutschen Gesetze hätten auch dieses nicht abgeändert. Denn diese sprächen nur von Wiederkaufsgütern, welche von Zinsen auf mehr als eine Art sich unterschieden. Die richtige.

57) Reichs Policey Ordnung vom J. 1530. Art. 26.

58) *Diet. Herm. KEMMERICH* Diss. de creditore antichretico rationes non reddente. *Ienae* 1733. *Io. Conr. Sigism. TOPP* Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico iure Rom. non fundata. *Helmstadii* 1755. und *Carl. HANKER* Diss. de vera indole et natura antichreticos §. 11.

rigste Meinung ist unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten ⁵⁹⁾, welche, ohne zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen zu unterscheiden, zum Grundsatz annehmen, daß der antichretische Vertrag so lange für gültig zu halten, und der Gläubiger zur Ablägung der Rechnung nicht verbunden sey, als der Schuldner nicht beweist, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey. Es kann denn auch nicht in Betrachtung kommen, ob die Früchte bürgerliche oder natürliche sind, und ob der Gläubiger das Grundstück selbst benützt, oder es verpachtet gehabt habe ⁶⁰⁾. Bey dieser Berechnung ist jedoch nicht auf den Ertrag eines einzelnen Jahrs zu sehen, sondern die gemonnenen Früchte müssen nach einem Durchschnitt berechnet werden. Beispiele, wie eine solche Berechnung zu machen sey, haben Hofmann ⁶¹⁾, Weber ⁶²⁾, Schneide ⁶³⁾ und Langsdorf ⁶⁴⁾.

VI. Der

59) LEYSER *Mediat. ad Pand.* Vol. III. Specim. 157. medit. 1. PUFENDORF *Observat. iuris univ.* Tom. II. Obf. 76. und Tom. III. Obf. 57. Böhmer *auserlesene Rechtsfälle* 1. B. 2. Abth. Nr. 71. EISENHART *Diff. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptorum in foro receptam nec iuri nec aequitati convenire.* Helmst. 1768. (in *Opus.* Nr. 15.) WALCH *Introd. in controuv. iuris civ.* pag. 540. sqq. EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 5. Not. n.* pag. 253. und THIRAUT *Syst. des P. R.* 2. B. §. 653.

60) *L. 11. §. 1. D. de pignor.*

61) *ICtus mathematic. et in specie analyta circa antichresin et interusurium Sect. I. §. 15.*

62) *Diff. de pacto antichretico. P. II.*

63) *Diff. fist. specimen arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuria, antichresi etc. Cap. III. §. 69. sqq.*

VII. Der antichretische Gläubiger, welcher die Früchte der Sache, statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben, genießt, muß billig auch die Lasten des Nutznießers übernehmen, ohne deshalb dem Schuldner etwas anrechnen zu dürfen⁶⁵⁾.

§. 871.

Wenn ist der Gläubiger zur Restitution des Pfandes verbunden?

Das Pfand kann jedoch nicht eher zurückgefordert werden, als wenn die ganze Schuld nebst den Zinsen und Kosten an den Gläubiger⁶⁶⁾, oder auf seine Anweisung an einen Dritten bezahlt worden ist⁶⁷⁾, oder die Schuld sonst auf rechtliche Art, z. B. durch Compensation, getilgt ist; oder es wenigstens nicht an dem Schuldner gelegen, daß die Schuld an den Gläubiger nicht abgetragen wurde, weil dieser die Annahme der Zahlung ohne rechtmäßige Ursache verweigerte⁶⁸⁾. Zuweilen kann jedoch das Pfand zurü-

74) Arithmetische Abhandlungen über juristische Staats- und so- si- wissenschaftliche Fragen. Heidelberg und Mannheim 1810. 8.

65) LEYSER Specim. CLVII. modit. 7—9.

66) L. 9. §. 3. D. h. r. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio.

67) L. 11. §. 5. D. h. t. Solutam autem pecuniam accipientium, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniae exigendis praeposito.

68) L. 20. §. 2. D. h. t. Si per creditorem stetit, quominus ei solvatur, recte agitur pignoratitia. — L. 3. Cod. de luit pign. Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis, sive distractis, et compensato pretio satis ei, contra quem suppli- cas,

zurückgefordert werden, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist. Es kommt nämlich hierbey auch auf die getroffene besondere Verabredung zwischen dem Gläubiger und Schuldner an. Ist dieser ein Genüge geschehen, so kann der Gläubiger das Pfand nicht weiter zurückhalten. Man setze also den Fall, es sey verabredet worden, daß das gegebene Pfand nur so lange haften sollte, bis dem Gläubiger eine andere Sicherheit durch Bürgen, oder Delegation eines andern Schuldners, und durch eine andere Hypothekverschreibung würde gegeben worden seyn. Ist hier dem Willen des Gläubigers ein Genüge geschehen, so muß er das Pfand zurückgeben, sobald er die neue Sicherheit angenommen hat, wenn gleich der Gläubiger sich eine Befriedigung hätte anweisen lassen, wobey er weniger gesichert ist. Denn dies ist alsdann seine eigene Schuld, daß er sich nicht besser vorsehen hat⁶⁹⁾.
Ferner

cas, factum esse, adito praefide provinciae probaveris, vel si, quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum: restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur: ad reddenda ea, quae pignori acceperat, iure cum satis evictentur urgeri, manifestum est.

69) *L. 9. §. 3. D. h. t. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum, sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fidelibus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventionione: nascitur pigneraticia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei SATISFACTUM, si, ut ipse voluit, sibi cavet, licet in hoc deceptus sit.*
Zur Erläuterung ist hier zu bemerken, daß reus soviel als expro-

Ferner wenn das Pfand entweder ausdrücklich bloß für das Kapital, mit Ausnahme der Zinsen, oder bloß wegen der Zinsen allein wäre gegeben worden, und der Schuldner hat das bezahlt, wofür die Verpfändung wirklich geschehen ist, so muß er das Pfand zurückgeben, wenn auch dadurch die ganze Schuld nicht getilgt ist ⁷⁰⁾. Außerdem würde eine bloße

promissor, und *decipi*, sich selbst hintergehen, heißt. S. Westphals Pfandrecht §. 223. Not. 247.

70) *L. II. §. 3. D. h. t. Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. Sive autem usurae in stipulatum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quam diu quid ex his debetur, pignoratitia cessabit.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 28. will hier statt *vel in usuras*, vielmehr *non in usuras* lesen, weil es nachher heißt: *Si tamen pignus et in eas obligatum sit.* Er hat diese Emendation nachher Lib. XV. cap. 22. noch mehr zu bestärken gesucht, wo er den Grund hinzusetzt, weil, wenn die Verpfändung bloß der Zinsen wegen geschehen wäre, der Schuldner nicht mit Wirkung auf die Zurückgabe des Pfandes würde klagen können, so lange das Kapital nicht bezahlt ist, sondern dem Gläubiger nach *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam* eine Retention des Pfandes zustehen würde. Allein daß zu einer solchen Emendation kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat schon Joh. Kobler in recept. Lection. Lib. I. cap. 27. und Animadversion. Lib. I. c. 26 et 27. gezeigt. Euja hat auch nachher Lib. XIX. Observat. cap. 27. seine Conjectur selbst wieder aufgegeben. Die Dastliten Tom. IV. pag. 5. bestärken ebenfalls die gemeine Lesart wo es heißt: *Ἐἴτε ὑπὲρ μόνου τῆ κεφαλαιου, εἴτε ὑπὲρ τῶν τόκων ὁδοῦ ἐνεχουρον, καὶ καταβληθῆ τὸ ὑπὲρ ὁδὸ ἡνεχυριάσθη, κινεῖται ἢ περὶ τῆ ἐνεχυρου ἀγωγή.* i. e. *Sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus ob-*
strictum

bloße Abschlagszahlung den Schuldner nicht zur Zurückforderung des Pfandes berechtigen, es würde vielmehr der Gläubiger allerdings berechtigt seyn, das Pfand auch wegen der noch rückständigen Zinsen zurück zu behalten ⁷¹⁾;

§. 872.

Herausgabe des Ueberschusses.

Hat der Gläubiger wegen unterbliebener Bezahlung der Schuld das Pfand verkauft, so muß er, wenn es mehr daraus gelöst hat, als die Schuld beträgt, den Ueberschuß herausgeben. Man nennt diesen Ueberschuß *Hyperocha* ⁷²⁾. Hat ihn der Gläubiger benutzt, oder wohl gar davon Zinsen gezogen, oder hält er solchen dem Schuldner ungebührlich vor, so muß er in jenem Falle die Nutzungen dem Schuldner berechnen, in dem letztern aber die Verzugszinsen bezahlen. *L. 6. §. 1. D. h. t.* sagt: *Si creditor pluris fundum pignorum vendiderit, si id foret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. L. 7. D. eodem.* *Si autem tardius super-*
fusum

strictum erat, agitur pignoratitia. Es ist daher zu vermuten, wie dennoch POTIER in *Pand. Justin.* Tom. I. h. t. Nr. V. not. h. pag. 394. der Euzajischen Emendation hat seinen Besfall geben mögen. Man sehe noch WISSENSACH *Exercit. ad Pand.* Vol. I. Disp. XXVII. Th. 16. *Ant.* SCHULTING *Thef. controversiar.* Dec. L. Th. 8. und besonders W e t z Versuche über das Stollrecht S. 156. und S. 170.

71) *L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse.*

72) *Christoph. Phil. RIENTER Diss. de hyperocha seu de eo, quod amplius est in pignore. Ienae 1668. rec. 1757.*

suam restituat creditor id, quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usurar debitori hoc nomine praestare togendus est.* Hat der Käufer des Pfandes das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann der Gläubiger zur Herausgabe des Ueberschusses nicht schlechterdings genöthiget werden, sondern der Schuldner muß warten, bis der Käufer bezahlt, oder sich mit einer Cession an den Käufer begnügen, wobei jedoch auf jeden Fall der Gläubiger die Gefahr trägt. *L. 24. §. 2. D. eodem* sagt deshalb: Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat: nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pignoratitia iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum? an vero vel expectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitrator, non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut expectare debere debitorem, aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quodsi accepit iam pecuniam, superfluum reddit⁷³⁾. Ein Anders wäre, wenn dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last fallen sollte, daß er das Kaufgeld noch nicht erhalten hat. Hier kann er sofort angehalten werden, den Ueberschuß, und zwar mit den

73) *Ant. FABER* in Rational. ad Pand. h. L. glaubt hier nichts als Leibonianismen zu finden, welche noch dazu lauter Ungeheimheiten enthielten, und von der größten Unwissenheit in den bekanntesten Rechtsprincipien zeugten. Allein *Ulric. HUBERUS* in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 547. hat *Leibonians* Ehre vollkommen gerettet, und *Fabers* Willkürsängerey, wie sich gebührt, abgefertiget. Man sehe auch *Wersibals* Pfandrecht §. 518. Not. 241.

den Zinsen des Verzugs, herauszuzahlen, ohne den Käufer an den Käufer verwelfen zu dürfen. Von diesem Falle ist die *L. 42. D. eodem* zu verstehen, wo Papiinian sagt: *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emitorem delegare: cum in venditione, quae fit, ex facto* ⁷⁴⁾ suum creditor negotium

74) Die Lesart dieser Worte ist streitig, und lautet nicht in allen Handschriften und Ausgaben so, wie hier die Florentinische Ausgabe liest. Unser Erlanger Codex hat: *in venditione, quae rite facta est*. Eben so lesen Haloander und Baudoua. Cujaz hingegen glaubt, daß statt: *quae fit, ex facto* vielmehr *quae fit ex pacto* gelesen werden müsse. Ihm stimmt auch Ger. NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. T. II. Operum pag. 325. §. *Venit igitur deo*, und führt ein Beyspiel aus *L. 6. Cod. de Solut. an*, wo auch statt *factum pactum* gelesen werden müsse, wie er Lib. II. Observation. cap. 24. weiter zu beweisen sich bemüht hat. Noodt erklärt daher die Worte Papiinians auf folgende Art: *Quod in pignoris venditione a creditore facta ex pacto de distrahendo pignore* (quod in *L. 4. C. h. t.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum: ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, et alium sibi admittete debitorem: aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec eius culpa argui posset. Den scheinbaren Widerspruch zwischen *L. 42.* und *L. 24. §. 2. h. t.* sucht er auf folgende Art zu heben. His non resistere *Ulpianum* facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem; *unam*, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii; *alteram*, quando oporteat creditorem debitori superfluum reddere. Ad priorem quaestionem respondet PAPINIANUS d. *L. 42.* ad posteriorem ULPIANUS d. *L. 24. §. 2.* Ait igitur PAPINIANUS, creditorem teneri, debitori reddere super-

gotium gerat. So lassen sich beyde Befeststellen sehr wohl vereinigen. *Johann Altmirantus* *) hat dieses sehr gründlich ausgeführt. Ego ex iuris principiis, sagt er, recte convenire *Papinianum* cum *Ulpiano* existimo, si advertamus, regulam supra dictam, quae affirmat, eum, qui tenetur, quia habet actionem, liberari, si eam mandare velit: ita accipiendam, si, qui habet actionem, nullo alio iure teneatur; quod si alio iure insuper obstrictus sit, veluti ex propria negligentia, si praestare velit actiones, audiendus non est: quod est expressum in *L. 21. §. ult. D. de negot. gest. L. 60. §. servum. D. locati, L. 8. §. ult. D. mandati*. Hinc si creditor iure suo pignus vendat, et dilationem emtori modicam forte, vel necessariam ad solutionem concedat, (quod potest, quia cum debitoris sit velut procurator in pignoris venditione. *L. 29. D. fam. vocis*, non tenetur semper praesenti pecunia vende-

§ 2. re;

superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emtoris. *ULPIANUS* vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emtore exegerit: propterea, quod non debet id de suo solvere. Quodsi debitor recuset expectare emtoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia, posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emtorem experietur. Auch *VOET* in *Comm. ad Pand. h. t. §. 4.* und *POTHIER* in *Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XX. Not. g. h.* geben nicht unbedeutlich der *Enzyklopädischen Emendation* ihren Beyfall. In den *Basliken* finden sich diese letztern Worte nicht.

*) *Commentar. in priores XIII. libros. ex XX. Quaestione. Q. Cerevidii Scaevolae Tract. II. ad L. 51. D. de peculio §. 7. in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 399.*

re, argum. L. 1. §. 4. D. de except. rei vend. L. 5. §. item si infitor 15. D. de infitor. act. quod ius, quia in pignore iudiciali non recipitur L. 15. §. 7. D. de re iudic. necessario uterque textus de pignore conventionali intelligi debet) multum interest, an agam contra creditorem pro superfluo intra tempus, quo ipse neque recuperavit ab emtore, neque est in culpa, cur non recuperaverit, an iam postquam est in culpa, cur non exegerit, veluti post transactum tempus ad solvendum datum. Primo casu recte ULPIANUS, non esse urgendum ad solutionem creditorem, qui pignus vendidit, imo debitorem expectare debere, ut emtor solvat, aut si non expectet, mandandas ei actiones, affirmabat; quia cum simus intra tempus ad solvendum datum, creditor, qui non exegit, non est in culpa, sed tenetur tantum, quia habet actionem; quod si paratus sit praestare, absolvetur ex regula supra tradita. At vero si creditor negligenter se gessit in pretio pignoris exigendo, imo tantum temporis elabi passus est, ut iam usurae debeantur: si velit emtorem delegare, audiendum non esse, optime PAPINIANUS respondet; quia iam non tantum, quia habet actionem, sed quia in non exigendo negligentiam admisit, debitori tenetur dict. L. 21. §. ult. de negot. gest. Nam quamvis in venditione, quae fit ex facto ipso venditionis, suum creditor negotium gerat, hoc est, sui lucri causa, non autem debitoris, ut sic non videatur ex propria negligentia teneri: nihilominus pro superfluo, quod restituere debet, immo magis ex propria negligentia tenebitur ad superfluum cum usuris restituendum, ut in simili eleganter docet ULPIANUS

in

in L. 6. §. Sed et si quis negotia mea D. de negot gest. Mit dieser Erklärung des spanischen Rechtsgelehrten stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken ⁷⁶⁾ überein, welcher bey der L. 42. die Bemerkung macht: τὰυτὰ νόησον ἐνθά κούλπα ἐλέγχεται: i. e. Hoc ita intelligendum est, si culpa eius arguatur. Geschieht es jedoch durch einen bloßen Zufall, daß der Käufer insolvent wird, ohne daß dem Gläubiger dabey eine Nachlässigkeit mit Recht kann Schuld gegeben werden, so darf der Gläubiger diesen Schaden nicht tragen, sondern es bleibt ihm vielmehr der Schuldner verpflichtet, bis die Schuld bezahlt ist, wie uns Paulus lehrt, wenn er L. 9. pr. D. de distract. pignor. sagt: Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem, obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

§. 873.

Verbindlichkeit des Schuldners.

Die Verpflichtungen des Pfandschuldners gehen 1) auf Ersatz alles Schadens, den der Gläubiger aus der Verpfändung erlitten hat. Dahin gehört, wenn der Schuldner arglistig eine andre Sache unterschob, als er dem Gläubiger zum Pfande zu geben versprochen hatte; oder eine fehlerhafte, oder fremde, oder schon einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gegeben hat. Ob es von dem Schuldner wissentlich geschehen ist; oder nicht, darauf kommt in Absicht auf die Verbindlichkeit desselben zur

76) Tom. IV. pag. 30. in fin. et sq.

zur Entschädigung des Gläubigers nichts an; sondern dieser Unterschied kommt nur dann in Betrachtung, wenn die Frage davon ist, ob sich der Schuldner eines Stellionats schuldig gemacht habe. Jedoch fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung alsdann weg, wenn der Gläubiger wissentlich eine fremde, oder die einem Andern schon verpfändete Sache zum Pfande annahm, oder wenn die einem Andern schon verpfändete Sache von so bedeutendem Werthe ist, daß sie auch dem zweyten Gläubiger noch hinlängliche Sicherheit gewährt. Hier kann freylich von keiner Entschädigung die Frage seyn, wenn auch der erste Gläubiger sein Pfandrecht geltend macht. Über diese Sätze dienen folgende Gesetzstellen zum Belege.

L. 1, §. 2. D. h. t. Si quis, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse; ita ut pignori dederit; videndum erit, an aes pignori obligaverit; et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur? Quod magis est. Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit; praeter stellionatum, quem fecit.

L. 36. pr. D. eodem. Si quis in pignore pro auro aes subjecisset creditori; qualiter teneatur, quaesitum est? In qua specie rectissime *Sabinus* scribit; siquidem dato auro aes subjecisset, furti teneri; quodsi in dando aes subjecisset ⁷⁷⁾, turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic putō pigneratitium iudicium locum habere.

77) In den *Basiliens* Tom IV. pag. 12. heißt es: *εἰ δὲ μόνου ἐπιθείσας τὸ χρυσοῦν ὑπέλλαξεν, ἰ. ε. sed si auro duntaxat ostensa aes subiecerit.*

habere, et ita POMPONIUS scribit. Sed et extra ordinem stellationatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum,

§. 1. *siusd. L.* Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet, cessare non solum stellationatus crimen, sed etiam pigneratitiam et de dolo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis et stellationatus crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut *Marcellus* libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit.

L. 32. *D. eodem.* Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneratitia agere, etsi solvendo debitor sit 78).

ἤατ

78) Die Basillen T. IV. pag. 12. haben das etfi nicht, sondern übersetzen die Stelle so: Εὰν ὑποπός ἐστὶν ὁ ἀλλότριον ἐνεχυράσας, ἐνάγεται τῇ περὶ ἐνεχυρῶν ἀγωγῇ. i. e. Si salvendo sit, qui rem alienam pignori dedit, actione pigneratitia tenetur.

Hat der Gläubiger durch die ihm zum Pfande gegebene Sache selbst Schaden erlitten, z. B. das zum Pfande gegebene Pferd hat auf eine dem Instinct dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art ohne alle Veranlassung und Schuld des Gläubigers geschadet; so kommt es darauf an, ob der Verpfänder dabey auffer aller Schuld war, oder dem Gläubiger diesen ihm bekannten Fehler der Sache verschwieg. In dem ersten Falle kann der Schuldner dem Gläubiger die verpfändete Sache statt des Schadensersatzes überlassen. In dem andern Falle hingegen steht ihm dieser Ausweg nicht offen, sondern der Gläubiger kann hier mit Recht Entschädigung fordern, wie aus folgender Stelle des Africans erhellet.

L. 31. D. h. t. Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere. Quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae deditioe apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me praestet. Eben diese Entscheidung findet auch bey allen andern Contracten statt, wenn eine schädliche Sache dem Andern überlassen worden ist ⁷⁹⁾.

II. Der Schuldner haftet auch für den Schaden, den er selbst durch Deterioration der verpfändeten Sache verursacht hat, es wäre denn, daß der Schaden durch eine Hand.

79) *L. 26. §. 7. D. mandati. L. 45. D. locati. L. penult. Cod. Commodati. L. 21. §. 2. D. de act. rerum amotar. L. 58. pr. D. de aedilit. edicto. L. 62. §. 2. seqq. D. de furtis. C. Inc. Cujacius ad Africanum Tract. VIII. ad L. 31. D. de pignorat. act. und Westphal's Pfandrecht §. 26. Not. 44.*

Handlung geschehen wäre, wozu der Schulbner berechtiget war. Marcellus giebt uns hiervon *L. 27. D. de pignor.* folgendes Beispiel: *Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest, persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur, ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando, aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat; non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat; si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.* Zur Erläuterung dieser Stelle ist zu bemerken, daß ein Sklave, der von seinem Herrn wegen eines Vergehens einmal war in Ketten gelegt und gestraft worden, hierdurch viel von seinem Werthe im Handel verlohren hatte. Der Herr durfte daher auch diesen Umstand beim Verkauf des Sklavens nicht verschweigen, wenn es der Käufer nicht etwa schon selbst wußte ⁸⁰⁾. In dem Falle, von welchem Marcellus spricht, hatte der Herr seinen Sklaven, den er seinem Gläubiger verpfändet hatte, unverdienter Weise gestraft, und dadurch den Werth desselben dergestalt vermindert, daß

80) *C. L. 48. §. 4. D. de aedilit. edicto.* Io. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquilian. Lib. II. cap. III. Sect. II. nr. 45. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 124.)

daß beym Verkauf des Sklavens der Gläubiger aus dem daraus gelösten geringen Werth nicht seine vollkommene Bezahlung erhielt. Es fragte sich also, ob die von dem Verpfänder verschuldete Deterioration des Sklavens nicht für sich eine Klage begründe, wenn auch allenfalls die Schuldklage des Gläubigers unterdessen erloschen wäre ⁸¹⁾? Marcellus entscheidet diese Frage bejahend, und giebt dem Gläubiger in dem Falle, da der Schuldner den Sklaven todgeschlagen, die *actio ad exhibendum*; hätte er ihn aber ein Auge aus dem Kopf, oder sonst zum Krüppel geschlagen, die *actio Legis Aquiliae* nämlich *utilis*, denn die *actio directa* kommt bloß dem Eigenthümer zu ⁸²⁾. Ulpian macht bey dieser Entscheidung noch die Bemerkung, daß wenn der Sklave eine solche Züchtigung verdient hätte, z. B. der Herr hatte ihn im Ehebruch bey seiner Frau betrosfen ⁸³⁾; so dürfe der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden dem Gläubiger nicht haften.

III. Der Schuldner ist ferner den Gläubiger zu entschädigen verbunden, wenn letzter nach Veräußerung des Pfandes aus besondern Gründen sollte zur Evictionsleistung angehalten worden seyn, wosern ihm nur kein Dolus noch Culpa dabey zur Last fällt. Einen hierher gehörigen Fall entscheidet Ulpian L. 22. §. 4. *D. de pignorat. act. Si credi-*

81) In den *Basilicis* T. IV. pag. 40. heißt es: *Τί γὰρ ὅτι ἐφ. Ἰάση ἢ ἐπὶ τῷ χρέει ἀγωγή;* i. e. *Quid enim si actio crediti interierit?*

82) Die *Basilica* c. 1. haben τῷ ἀνομίῳ ὀφειλῶ.

83) S. SUAREZ *de MENDOZA* in *Commentar. ad Leg. Aquil.* cit. loc. pag. 121. nr. 28. 199.

creditor, quum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus; an haberet regressum pigneratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum; si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere. Es war nämlich in der Praxis der Fall vorgekommen, daß der Gläubiger bey dem Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Falle der Eviction, das Duplum versprochen hatte. Der Gläubiger war hierauf, wegen der nachher wirklich erfolgten Entwähnung, belangt, und auch seinem Versprechen gemäß verurtheilt worden. Es entstand daher nun die Frage, in wiefern ihm deshalb der Regreß gegen den Schuldner zu gestatten sey? Ulpian unterscheidet, ob sich der Gläubiger bey dem Verkaufe des Pfandes mit der gehörigen Vorsicht und Klugheit benommen habe, und zugleich dabey auf den Nutzen des Schuldners bedacht gewesen sey, oder nicht. Ist das Erstere, und der Gläubiger hat z. B. bey der Veräußerung des Pfandes die Bezahlung des Duplum deswegen übernommen, weil er ohne diese Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht so vorthellhaft zu Stande bringen konnte; so kann ihm der Regreß auf keine Art verweigert werden. Denn hier ist ihm durchaus nichts zur Last zu legen, da er zu der Vermuthung berechtiget war, daß ihm der Schuldner keine fremde Sache werde verpfändet haben. Ueberdem würde ja der Käufer, ohne jenes Versprechen des Gläubigers den Schuldner selbst in Anspruch

neh-

nehmen können⁸⁴⁾. Hat hingegen der Schuldner von dem Versprechen des Gläubigers gar keinen Vortheil gehabt, weil die Sache um den Preis, welchen der Käufer dafür bezahlt hat, ohne Schwierigkeit verkauft werden konnte, wenn gleich der Gläubiger sich zur Wiedererstattung des doppelten Kaufgelds auf den Evictionsfall nicht verpflichtet hätte; so kann der Gläubiger wegen des bezahlten Duplums von dem Schuldner keine Entschädigung verlangen, weil hier die Verpflichtung des Gläubigers unnöthig war, folglich dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann, die nachtheiligen Folgen eines Versprechens zu tragen, welches weder ihm noch dem Verkäufer in irgend einer Rücksicht vorthellhaft werden konnte⁸⁵⁾. Der Gläubiger kann also in diesem Falle von dem Schuldner weiter nichts verlangen, als die Bezahlung der Schuld, wie Tryphonin in der gleich nachher folgenden, und mit jener in der genauesten Verbindung stehenden Stelle sagt. *L. 23. D. eodem. Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam (sc. duplam) emptori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest; quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit,*

84) *L. 11. §. 16. D. de act. E. et V. L. 10. D. de distract. pignor. L. 74. §. 1. D. de eviction. L. 1. Cod. creditor. eviction. pignoris non deb.*

85) *S. Franc. DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. Oper. pag. 967. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 6. Abhandl. S. 89. ff.*

possit, palam factum est: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione; quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat. Tryphonin entscheidet hier noch zwey andere Fälle. Erstens, wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen hat. Dieser Fall ist in den Worten ausgedrückt: *si stipulatio usurarum fuerat* ⁸⁶). Zweytens, wenn der Gläubiger dem Käufer des Pfandes blos das Simplum, d. h. das Kaufgeld ohne Zinsen zurückzugeben versprochen, und solches

86) Es ist ganz unrichtig, wenn man diese Worte von dem Falle erklärt, da sich der Gläubiger bey der Darleihung des Kapitals vom Schuldner hat Zinsen durch Stipulation versprechen lassen. Denn dazu wäre wegen der hier geschehenen Pfandgebung auch schon das bloße Pactum hinreichend gewesen. *L. 11. §. 3. D. h. t. L. 37. D. de Usur. L. 3. L. 4. L. 5. L. 21. Cod. eodem. L. 5. §. 2. D. de solut.* Ueberdem hätte es auch dann heißen müssen: *si stipulatus usuras fuerat*. Zwar liest wirklich *Paoloander* so, und ihm sind *Vintimill* in edit. *Pandectar. Paris 1548.* 8. und *Bevilaqua* in edit. *Veneta 1549.* 96. folgt. Allein sie haben durch diese Aenderung der Lesart, welche allen Handschriften widerstreitet, zu erkennen gegeben, daß sie diese Stelle nicht verstanden haben. Eben so wenig redet *Tryphonin* von dem Falle, da der Gläubiger bey dem Verkaufe des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall das Doppelte und noch die Zinsen des Kaufgeldes versprochen hat. Ein solches Beispiel wäre in dem römischen Gesetzbuche unerhört, und dem Geiste desselben zuwider, weil ja die andere Hälfte der auf den Evictionsfall bedungenen *Dupla* schon als Zinsen gilt, und man sich nicht das Nämliche zweymal versprechen lassen kann. *L. 57. D. de reg. iur. L. 18. D. de verb. obligat.*

ches in dem eingetretenen Evictionsfalle auch wirklich geleistet hat. (*Sed si simpliciter praesitit*)⁸⁷⁾. In dem ersten Falle hält Tryphonin für billig und gerecht, daß der Gläubiger, welcher dem Käufer die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen, und letztere in dem erfolgten Entwährungsfalle wirklich bezahlt hat, auch die Zinsen von Zeit der Veräußerung an, bis zur Zeit der Eviction⁸⁸⁾ nebst dem Kapital vom Schuldner verlangen könne, weil ja der Gläubiger, wenn er das Kaufgeld mit Zinsen hat zurückzahlen müssen, nun aus dem Verkauf des Pfandes gar keinen Vortheil gehabt hat, folglich die Sache nun so anzusehen ist, als ob gleichsam von der Zeit an der Schuldner in mora gewesen wäre. In dem letztern Falle hingegen, da der Pfandgläubiger wegen der Entwährung dem Käufer nur das bloße Kaufgeld ohne Zinsen zurückgezahlt hat, kann er auch von dem Schuldner keine Zinsen fordern, weil sie durch die Benutzung des Kaufpreises hinlänglich vergütet sind. Denn da die Zinsen für den Nutzen bezahlt werden, den man aus dem Gebrauche des Geldes ziehen kann, diesen Nutzen aber in dem gegebenen Falle der Gläubiger

87) Der *Stipulatio simpli* geschieht zwar in der *L. 32. h. t.* ausdrücklich keine Erwähnung; allein die hier erwähnte Præstition ließ sich ohne eine Stipulation nicht denken. *L. 8. §. 1. D. h. t. L. 59. §. 4. D. Mand. L. 1. Cod. Creditorem evictionem pignoris non deb.*

88) So erklären das *medium tempus* die *Basilica* Tom. IV. pag. 9. *Απαραιτήτως δὲ τὸ χρέος καὶ τοὺς τόκους τοὺς ἐξ ἐκπαρτήσεως τοὺς μετὰ τὴν πρῶτον ὡς τῆς ἐκμίσθωσης. i. e. Petit autem debitum et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis.*

biger aus dem ihm von dem Käufer bezahlten Pfandschilling hat ziehen können, so kann ihm mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt werden, wenn er die Zinsen fordern wollte. Man sieht hieraus, daß Tryphonin hier überall den Fall vor Augen gehabt habe, da der Schuldner Zinsen von dem ihm dargeliehenen Kapital dem Gläubiger versprochen hatte. So lassen sich also die angeführten beyden Befehle in ihrer Verbindung mit einander sehr leicht erklären, bey deren Erklärung die Rechtsgelehrten⁸⁹⁾ fast unüberwindliche Schwierigkeiten gefunden haben. Da der Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger nicht befreyet wird, wenn der letztere, wegen übernommener Verbindlichkeit der Evictionleistung, den Käufer des Pfandes hat entschädigen müssen; so hat der Gläubiger die Wahl, ob er im Falle der erfolgten Eviction gegen den Schuldner, wider welchen er den Regress nehmen kann, die aus dem Pfandcontract entstehende Gegenklage, oder die Hauptschuldklage, welche in diesem Falle gleichsam wieder in das Leben zurückgerufen wird, anstellen will.

89) Vergleiche *Ant. FABRI* Rational. in Pand. ad L. 23. D. h. t. *Reinh. BACHOV* Tr. de pignorib. et hyp. Lib. III. cap. 25. nr. 5. et 6. *Ant. DAD. ALTEBERRA* Recitat. quotid. in Claudii Tryphonini Libros XXI. Disputationum (*Toloae* 1679) T. I. pag. 51. *Westphals* Pfandrecht §. 214. Not. 238. *Ehnbaut* Versuche 1. Band 6. Abh. S. 91. ff. Desselben Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38. S. 157. Not. m. *Ergänzungsblätter zur allgem. Literat. Zeitung* zum J. 1785 — 1800. nr. 36. und besonders *Ed. Henr. HEYDENREICH* Claudius Tryphoninus de iure pignorum. P. I. Commentat. ad L. 23. D. de pign. act. praef. *Paul. Christoph. Gottl. ANDREAE* def. *Vitebergae* 1812.

will *). Nur dann wird die *actio pigneraticia* vorzuziehen seyn, wenn das, was der Gläubiger wegen der Entwährung bezahlen mußte, die schuldige Summe übersteigt, weil diese auf die vollkommene Entschädigung des Gläubigers geht, die *Condictio* aber nur auf die Bezahlung der schuldigen Summe.

IV. Der Schuldner muß überdem den nothwendigen, so wie auch den mit desselben Einwilligung gemachten, oder aber ihm nicht zu lästigen nützlichen Aufwand dem Gläubiger vergüten, wenn nur in Ansehung des letztern der Gläubiger nicht gegen das Verbot des Schuldners handelte. Es ist jedoch davon schon oben bey den Rechten des Gläubigers (§. 866. S. 65. ff.) ausführlicher gehandelt worden. Endlich

V. wenn der Schuldner den Besiß des Pfandes zu einem gewissen Zweck, z. B. zur Miete oder zu einem widerrechtlichen Gebrauch von dem Gläubiger erhielt; so ist er schuldig, wenn jener Zweck aufhört, das Pfand unverzüglich zurückzugeben **); und hat er das Pfand heimlich aus der

*) *L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.*

***) *L. 22. §. 3. D. h. t. Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restituit, contrario iudicio tenetur.* Hier hatte nicht, wie *Wesphal* §. 25. *Not. 42.* diese Stelle versteht, der Schuldner, sondern der Gläubiger das Pfand verkauft, welches letzter dem Schuldner zu dem hier angegebenen Gebrauche in seinen Besiß eingeräumt hatte. Mit Recht kann also der Gläubiger gegen den Schuldner auf Zurückgabe des Pfandes klagen, um es dem Käufer tradiren zu können. *HOTOMAN Observation, Lib. V. c. 12.* will hier statt *distractum*, *contractum* lesen; allein *BACHOV de pignorib et hyp. Lib. III. cap. 29. nr. 9. pag. 278.* hat diese Emendation mit Recht verworfen.

der Gewahrsam des Gläubigers entwendet, so macht er sich eines furti possessionis schuldig ⁹⁰).

§. 874.

Klagen aus dem Pfandcontracte.

Die aus dem Pfandcontract entspringenden Klagen sind I. die *actio pigneratitia directa*, oder die Hauptpfandcontractsklage ⁹¹). Diese steht dem Verpfänder zu, er mag das Pfand für seine eigene oder für eine fremde Schuld gegeben haben ⁹²), er sey Eigenthümer der Sache oder nicht ⁹³). Selbst dem Diebe und Räuber wird diese Klage gestattet, weil er dem Eigenthümer dafür verantwortlich ist ⁹⁴). Daß sie auch den Erben des Verpfänders zusteht, hat keinen Zweifel ⁹⁵). Sie wird gegen den Gläubiger angestellt, welcher das Pfand vermöge des Contracts empfangen hat ⁹⁶), zuweilen auch gegen mehrere

Pers

90) §. 10. I. de obligat. quae ex delicto. L. 4. §. 21. D. de usurpat.

91) S. Leonh. Lud. MENCKEN Observationes de actione pigneratitia. Vitembergae 1758. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 820. ff.

92) L. 13. §. ult. D. locati. Arg. L. ult. §. 1. D. ad Sctum Vellejan.

93) L. 9. §. 4. L. 20. pr. D. h. t. L. 11. §. 2. D. de pignorib. et hypoth. L. 11. §. 7. L. 12. D. eodem. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

94) L. 22. §. 2. D. h. t. Man sehe Ant. FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. VII. cap. 19. und Iust. MEIERI Evidenz Justinian. Dec. V. cap. 4.

95) L. 12. Cod. de pignorib. L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sit.

96) §. ult. I. Quib. modis re contrah. oblig.

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

R

Personen, mit welchen der Contract zugleich geschlossen wurde⁹⁷⁾; zuweilen auch gegen einen solchen Beklagten, welcher nie Gläubiger geworden war, weil er entweder das Geld, welches er auf das Pfand zu leihen versprach, nachher gar nicht ausgezahlt hat, oder der Pfandcontract unter einer Bedingung geschlossen ward, welche nachher nicht existirte⁹⁸⁾. Die Klage geht a) auf Zurückgabe des Pfandes mit aller Zubehörung und Früchten⁹⁹⁾, weshalb auch Ablegung der Rechnung verlangt werden kann¹⁰⁰⁾, wofern nicht etwa der Gläubiger die Früchte vermöge eines dem Pfandcontract angehängten antichretischen Vertrags genossen hätte¹⁾. b) Auf Herausgabe des bey Gelegenheit des Pfandes erhaltenen Gewinns^{*)}, z. B. wenn der Gläubiger von dem, welcher ihm das Pfand dieblich entwendet hatte, das Doppelte oder Vierfache erhielt. Es muß

97) L. 20. §. 1. D. h. t.

98) L. 11. §. 2. D. h. t. Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pignerstitia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque etsi accepto lata sit pecunia, vel conditio defecerit, ob quam pignus contractum est. S. BACHOV Tract. de pignor. et hypothec. Lib. V. cap. 17. pag. 446.

99) L. 18. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 2. D. eodem. L. 1. et tot. Tit. Cod. de partu pignoris et omni causa. L. 13. L. 29. §. 1. D. de pignor. et hypoth. S. PÜTTERS auserlesene Rechtsfälle 2. Band 1. Th. Nr. CXCVIII. Ded. I. §. 147. ff. Ded. II. §. 165. 169. 172. 173. Deduct. III. §. 69. 74. 80. 81. f.

100) L. 1. L. 3. Cod. h. t. Der Gläubiger muß jedoch nicht nur die Früchte berechnen, welche er wirklich gezogen hat, sondern auch diejenigen, welche er noch hätte ziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Wirths angewandt hätte. L. 4. cit. MENCKEN cit. Diff. §. 8.

1) VOET h. t. §. 4.

*) L. 21. §. ult. D. de pignor. et hyp.

muß nur nicht etwa der Verpfänder selbst den Diebstahl begangen haben. Hier lucrirt der Gläubiger die Strafe, damit das Vergehen des Verpfänders nicht ungestraft bleibe ²⁾. Es tritt auch hier die Regel ein: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt ³⁾. Dort muß also der Gläubiger sich den Gewinn auf seine Schuldforderung anrechnen lassen, hier nicht, wie Ulpian sagt *L. 22. pr. et §. 1. D. h. t.* Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare, *Papinianus* confitetur. Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor *furti actione* praestitit creditori, vel *condictione*, an debito sit imputandum videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum.* Et ita *Papinianus* libro 9. *Quaestionum* ait. Idem *Papinianus* ait, etsi metus causa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit, quod metus causa factum est, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit. Die Stelle des *Papinians*, worauf sich hier *Ulpian* beruft, steht *L. 79. D. de furt.* wo es heißt: Si debitor pignus subripuit, quod *actione furti* solvit, nullo modo recipit. *Ulpian* gebent jeboch nicht blos der *actio furti*, sondern auch der *condictio furtiva*.

R 2

tiva.

2) *S. Franc. DUARENI Comment. ad h. t. Cap. 4. Operum pag. 961.*

3) *L. 48. D. de condict. indebiti.*

tiva. Diese letztere Klage ist eine *condictio incerti* 4). Denn die *condictio certi* kommt nur dem Eigenthümer zu 5). Beide Klagen, die *actio furti* und *condictio furtiva*, stehen dem Pfandgläubiger zu, die Entwendung mag von einem Fremden oder von dem Schuldner selbst geschehen seyn, jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem ersten Falle auf den Werth der Sache selbst, in dem letztern aber nur auf die Summe der Schuld gesehen wird, wenn gleich das Pfand mehr werth seyn sollte. Paulus lehrt dieses *L. 87. D. de furtis* ausdrücklich, wo er sagt: *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur: ut in summam pecuniae debitae, et usurarum eius, furti conveniretur.* Und zwar geht die *condictio furtiva* nur auf das Einfache, die *actio furti* auf das Doppelte, oder Vierfache. Ob aber der Gläubiger auch dasjenige lucrirt, was er durch die *condictio furtiva incerti* von dem Schuldner erhalten hat, ist unter den Auslegern sehr streitig. Schon die Glossatoren waren deshalb verschiedener Meinung.azo trug kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Ihm folgten Accursius und fast alle übrige. Nur Irnerius war anderer Meinung. Cujaz 6) trat auch der erstern Meinung bey. Der Hauptgrund für diese Meinung ist, weil sich der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner durch die *actio quod metus causa* das Vierfache erhalten hat, auch nicht einmal ein *simpulum* auf die Schuld

4) *L. 12. §. 2. D. de condict furt.*

5) *L. 1. D. eodem.* Siehe diesen Commentar 13. Th. §. 838. S. 218. ff.

6) *Reclat. ad Lib. IX. Quaestionum Papiniani h. L.*

Schuld braucht anrechnen zu lassen, da doch bey dieser Klage nur das Triplum eigentlich die Strafe ist 7). Unter den neuern stimmt dieser Meinung auch Westphal 8) bey. Man glaubt also hier einen Fall zu finden, wo der Gläubiger zweymal eben dieselbe Sache zu fordern befugt sey. Der Gläubiger erhalte nämlich zuerst seine Forderung durch die *condictio furtiva*, wegen der Dieberey des Schuldners, nachher aber erhalte er sie noch besonders durch die Klage aus demjenigen Rechtsgrunde, woraus die Schuld ihren Ursprung nahm. Allein gerade aus diesem Grunde widersprechen Andere, unter denen besonders Anton Sabiner 9), Janus a Costa 10), Anton Schulzing 11), und Robert Joseph Pothier 12) hier genehm zu werden verdienen; und zwar mit Recht. Denn unstreitig ist die Condictio nur eine *actio rei persecutoria*, welche gegen den Schuldner auf die Bezahlung der Schuld nebst den Zinsen geht, gerade so wie die Schuldklage selbst. Denn darin besteht ja hlos das Interesse des Gläubigers *). Darf also der Gläubiger das, was er durch diese Klage erhielt, nicht auf die Schuld abrechnen; so fordert er nachher durch die Schuldklage offenbar noch einmal gerade das Nämliche. Dies ist aber den Gesetzen schlechterdings entgegen. Nicht nur Cajus 13) giebt

7) L. 14. §. 9. et 10. D. *Quod metus causa*.

8) Pandrecht §. 19. Not. 35.

9) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

10) Commentar. ad Institut. ad §. 10. I. de obligation. quae ex delicto nasc. pag. 480.

11) Thesium controversar. Decad. L. Th. 6.

12) Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. X. not. c. pag. 395.

*) L. 21. §. 3. D. *de pignor. et hyp.*

13) L. 57. D. *de reg. iuris*.

bleibt die allgemeine Regel: *Bona fides non patitur, ut his idem exigatur*; sondern auch Paulus sagt ganz bestimmt *L. 51. §. 1. D. de re iudicata*, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey werde, wenn der Gläubiger das Interesse erhalten hat, und zwar mit Beyfügung des Grundes: *improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit*. Wie kann also die Klage aus dem Schuldcontract noch Statt finden, wenn der Gläubiger durch die *condictio furtiva* das Seinige bereits vollkommen erhalten hat? oder wie Anton Faber ¹⁴⁾ ganz richtig sagt, *Qui fieri potest, ut quicquam adhuc intersit eius, qui iam id omne sit consecutus, quod sua intereat? Aut ut ei, cuius nihil amplius intersit, salva nihilominus supersit actio pecuniae creditae? Tritum enim est, neque actionem neque exceptionem saltem efficacem ei dandam esse, cuius nihil interest, cum et obligationes et actiones et exceptiones ad hoc tantum comparatae sint, ut unusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur* ¹⁵⁾. Eben deswegen redet auch Ulpian in der *L. 22. pr. cit.* wenn er lehret, der Gläubiger brauche das nicht zu restituiren, was er von dem Schuldner wegen des von ihm begangenen Diebstahls erhalten hat, ausdrücklich nur von der *actio furti*. Dieser Klage, welche eine eigentliche Pönalklage ist, gedenkt auch Papinian namentlich nur in der Stelle ¹⁶⁾, worauf sich hier Ulpian bezogen hat, und Modestinus giebt die Regel *L. 74. D. de Solution. Id, quod poenas nomine a debitoris*

14) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

15) *L. 3. §. 1. L. 38. §. 17. D. de verbor. obligationib.*

16) *L. 79. D. de furtis.*

bitors exactum est, lucro debet cedere creditoris. Wie wenig sich eine cumulative Concurrenz der *condictio furtiva* und der Schuldklage annehmen läßt, ist insonderheit auch daraus zu ersehen. Wenn ein Fremder das Pfand aus der Gewahrsam des Gläubigers entwendet hat, und der Gläubiger hat gegen den Dieb *actio furti* geklagt, so sagt Ulpian nach Papinians Aussprüche, der Gläubiger müsse das, was er von dem Diebe empfangen hat, auf die Schuld abrechnen, und das Uebrige restituiren, wenn er gleich bey dem Diebstahl selbst nicht auffer Schuld ist, und also selbst dabey ein Interesse hat, weil er dem Eigenthümer für den Werth stehen muß. Noch viel mehr aber müsse dieses von der *condictio furtiva* gelten. Denn was er durch die *actio furti* erhielt, war nichts als Strafe, allein was er durch die *condictio furtiva* erhält, ist seine Forderung. Diese kann er doch nicht zweymal bezahlt erhalten. Ein Grund, der so einleuchtend ist, daß Ulpian, wenn er nachher den Fall entscheidet, wo der Schuldner den Diebstahl selbst begangen hat, nicht einmal wegen der *condictio furtiva* weiter etwas hinzuzufügen für nöthig hielt, sondern sich blos auf die *actio furti* beschränkt, von welcher auch nur Papinian redete. Hieraus erklärt sich nun auch, warum dem Gläubiger das nicht angerechnet wird, was er durch die *actio quod metus causa* von dem Schuldner erhalten hat. Denn auch diese Klage nimmt die Eigenschaft einer Pönalklage an, wenn der Beklagte sich eines Ungehorsams schuldig macht²⁷⁾. Wenn nun gleich in dem *Quadruplum*, wozu der Beklagte verurtheilt werden kann, auch das *Simplum* steckt, so wird doch

27) §. 25. I. de actionib.

doch bey dieser Klage, sofern sie eine Pönalklage ist, und gegen den Pfandschuldner angestellet wird, darauf keine weitere Rücksicht genommen, weil es eine allgemeine Regel ist, welche Cajus L. 46. D. de regulis iuris giebt; wenn er sagt: Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. Mit Recht sagt daher Janus & Costa; Manet ergo certum, creditorem reddere, aut imputare id omne, quod accepit ab extraneo, quod autem ab ipso debitore, ita demum, si egerit conditione furtiva, non si actione furti, quae poenalis est. Mit dieser Erklärung stimmen denn endlich auch die Basiliken¹⁸⁾ überein, in welchen es heißt: Εἰ δὲ ὁ χρεώστις κλέψῃ, ἢ λάβῃ κατὰ φόβον τὸ ἐνέχυρον, ὑπερ καλῆ πιστεῖ ὁ δανειστῆς τῆν εἰς ἐνέχυρον λαβῶν, τετραπλοῦν, ὑπερ ἂν παράσχη διὰ τῆς ἐπι κλοπῆς ἀγωγῆς, ἐκ ἀναλαμβάνει, ὅτε εἰς τὸ χρέος αὐτῆ λέγεται. i. e. Si vero ipse debitor subripuerit, vel metus causa pignus acceperit, quod bona fide creditor pignori acceperat, quadruplum, quod praestiterit per actionem furti, vel quod metus causa, non recipit, neque in debitum imputatur. Ob nun gleich hier die Worte: *vel conditione* nicht übersetzt sind, welche in der L. 22. pr. D. h. t. stehen; so ist doch deswegen noch kein hinlänglicher Grund vorhanden, solche mit Anton Faber¹⁹⁾ für einen unächtten Zusatz irgend eines Auslegers zu halten. Der Grund, daß die *condictio furtiva* von einem Nichteigenthümer nicht gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden könne, will wenigstens nichts sagen, wie Ulrich Zuber²⁰⁾ bereits

18) Tom. IV. pag. 8.

19) De Errorib. Pragmaticor. c. 1. Err. 4.

20) Eunomia Rom. ad L. 22. pr. D. h. t. §. 2. pag. 543.

bereits gegen Faber gezeigt hat. Die Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben läßt uns auch an der Richtigkeit jener Worte nicht zweifeln. Die actio pigneratitia directa geht ferner

c) auf den Ersatz alles mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa verursachten Schadens (§. 867, u. 868); nicht minder auf Leistung des Interesse, wenn der Gläubiger beim Verkaufe des Pfandes betrügerisch gehandelt hat²¹⁾. Endlich

d) auf Herausgabe des Ueberschusses, und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger solchen auf Zinsen ausgestellt, oder in seinem Nutzen verwandt hat, oder bei der Restitution desselben säumig war²²⁾. Jedoch hat die Klage nicht eher Statt, als wenn das Pfandrecht des Gläubigers erloschen ist, es geschehe dieses entweder mittelbar durch gänzliche Tilgung der Schuld, oder unmittelbar durch sich selbst, wenn gleich die Schuldverbindlichkeit fortbauern bleibt. Denn daß es Fälle giebt, wo das Pfand zurückgefordert werden kann, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist, ist schon oben (§. 871.) gezeigt worden. Daher giebt Ulpian die Regel *L. 9. §. 3. D. h. t. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur*

21) *L. 4. C. de distract. pignor.* VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 4. et 5.*

22) *L. 6. §. 1. L. 7. L. 24. §. 2. L. 42. D. h. t.* Eine ähnliche Klage steht wegen des Ueberschusses dem Schuldner nicht zu, wenn auch der Gläubiger sich davon ein Grundstück gekauft haben sollte, wie *L. 20. Cod. de distract. pignor.* verordnet. *S. Westphals Pfandrecht §. 256.*

tur *pigneratitia actio*. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solum; welche BACHOV ²³⁾ kürzer so ausdrückt: *Soluto vinculo pignoris, nasci et competere actionem pigneratitiam*. Hat der Verpfänder vor Bezahlung der Schuld geklagt, so ist zwar, wenn bloß durch Tilgung derselben dem Pfandrechte des Gläubigers ein Ende gemacht werden konnte, die Klage noch zur Zeit unstatthaft. Allein der Fehler kann dadurch wieder gut gemacht werden, wenn der Kläger während des Prozesses das Geld gerichtlich anbietet, und deponirt. Hier kann dennoch der Gläubiger zur Herausgabe des Pfandes und Leistung des Interesse verurtheilt werden ²⁴⁾. Uebrigens setzt die *actio pigneratitia directa* zwar eigentlich einen Pfandcontract voraus; jedoch gestatten sie die Gesetze wegen der persönlichen Verpflichtungen des Pfandgläubigers auch in andern Fällen, wo der Gläubiger ohne jenen Contract ein Pfandrecht, und vermöge desselben den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dahin gehört a) wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes mittelst der hypothekarischen Klage erhielt, und bey dem Verkauf des Pfandes eine größere Geldsumme lösete, als worauf ihm die Sache verpfändet war. Diesen Ueberschuß kann sich auch der hypothekarische Gläubiger so wenig als der Faustpfandgläubiger zueignen ²⁵⁾. b) Wenn dem hypothe-

kari

23) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 16.

24) L. 9. §. ult. D. h. t. Qui ante solutionem egit pigneratitia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam, et, quod sua interest, consequi. C. Westphals Pfandrecht §. 255. Not. 287.

25) C. BACHOV de pignorib. et hyp. Lib. V. cap. 18. pag. 450.

karischen Gläubiger bey der Ausübung des Retentionsrechts Mangel an gehöriger Aufsicht und Verwahrung des Pfandes zur Last fällt ²⁶⁾. c) Wenn der Gläubiger, dem ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zustand, völlig befriedigt worden ist. So z. B. kann derjenige, welcher ein praedium urbanum gemiethet hatte, wenn er nach völlig getilgter Miethschuld ausziehen, der Vermiether aber ihm seine Sachen, an denen dieser ein gesetzliches Pfandrecht hatte, nicht verabsolgen lassen will, gegen denselben mit der actio pigneratitia directa klagen ²⁷⁾. Daß in dieser Hinsicht zwischen pignus und hypotheca kein Unterschied sey, hat Bachov ²⁸⁾ einleuchtend gezeigt. Man pflegt jedoch die Klage in diesen Fällen eine actio pigneratitia utilis zu nennen ²⁹⁾. Allein Ulpian, auf den man sich hier beruft, meint in der L. 5. §. 21. D. *Ut in possessionem legator.* wo er sagt: Quinimo et si amplius, quam sibi debetur, perceperit legatarius, *exemplo pigneratitiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debet*; wohl eigentlich nur die *actio in factum*, welche nach L. 9. pr. D. *de rebus auct. iudicis possid.* dem Schuldner gegen den immittirten prätorischen Pfandgläubiger gestattet wird, wenn dieser aus dem Ertrag der Güter mehr Nutzen gezogen hat, als die Schuld beträgt. Ulpian findet

26) L. 34. D. *de damno infecto.*

27) L. 11. §. 5. D. *h. t.*

28) Cit. loco. pag. 451.

29) *de coccej iur. civ. contro. h. t. Qu. 73. ERLEBEN de iure pignoz. §. 297. Eblaut System des Pand. Rechts 2 B. §. 662.*

findet wenigstens an andern Orten ³⁰⁾ kein Bedenken, die *actio pignoratitia* ohne alle Modification dem Schuldner in den bemerkten Fällen zu gestatten.

II. Die Gegenpfandcontractsklage (*actio pignoratitia contraria*). Diese stellt der Gläubiger oder dessen Erbe gegen den Verpfänder oder dessen Erben an, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung. Wornin diese Entschädigung besteht, ist schon §. 873. bei den Verbindlichkeiten des Schuldners gezeigt worden.

§. 875.

Findet die *actio pignoratitia directa* gegen den Dritten Statt?

Aus Allemt ergiebt sich also, daß die Klagen aus dem Pfandcontracte nur Verfolgung der Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zum Zweck haben. Sie sind folglich ihrer Natur nach persönliche Klagen. So wenig daher 1) die *actio pignoratitia directa* von einem Dritten angestellt werden kann, der weder selbst den Pfandcontract mit dem Gläubiger geschlossen hat, noch des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er gleich dem Schuldner, um ihn aus der Noth zu helfen, seine Sache zum Verpfänden gab; eben so wenig findet auch 2) die genannte Klage gegen den dritten Besizer der verpfändeten Sache statt, wenn etwa der Gläubiger das Pfand weiter versezt, oder solches gar veräußert hätte. So wie daher in dem ersten Falle der Eigenthümer sich an den Schuldner halten, und gegen diesen aus dem mit ihm geschlossenen Con-

30) L. II. §. 5. D. h. t. C. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und MEIßNER'S vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 46.

Contract, actione commodati oder actione praescriptis verbis, klagen muß; so muß in dem andern Falle der dritte Besizer der verpfändeten Sache durch die Eigenthumsklage belangt werden. Ersteres erhellet aus L. 5. §. 12. D. Commodati, wo Ulpian sagt: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repignoras, ut mihi reddas: LABEO ait, commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Hierher gehört ferner die L. 27. D. h. t. wo es heißt: Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit. Der Eigenthümer kann hier die seinem Gläubiger zum Verpfänden gegebene Sache nicht mit der actio pigneratitia directa zurückfordern. Diese Klage findet weder gegen den Gläubiger des Eigenthümers, noch gegen den Gläubiger seines Gläubigers statt, wenn dieser die Sache noch nicht zurückgegeben haben sollte, weil er mit keinem von beyden einen Pfandvertrag über die Sache geschlossen hat. Die *propria actio*, welche hier der Eigenthümer gegen seinen Gläubiger anstellen muß, ist also die *actio praescriptis verbis*, wodurch er verlangt, daß sein Gläubiger das Pfand einlöse, und ihm zurückgebe³¹⁾. Denn er gab die

31) S. POTMIER Pand. Justin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 5. Nr. XIV. not.

die Sache seinem Gläubiger darum zu verpfänden, um sich hierdurch einen Aufschub der Zahlung zu verschaffen. Der Gebrauch, wozu die Sache gegeben wurde, war also hier kein bloßer *usus gratuitus*. Daher kann die *actio commodati* nicht wohl angestellt werden ³²⁾. Daß aber auch die *actio pignoratitia directa* nicht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt, sondern dieser mit der *rei vindicatio* oder einer andern passenden Klage belangt werden müsse, lehren folgende Gesetzstellen. a) *L. 13. pr. D. h. t.* Hier heißt es: *Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum, et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit IULIANUS, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandat ex vendito actionem adversus emtorem: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere.* Es ist hier ein solcher Fall vorauszusetzen, wo der Verkauf des Pfandes ungültiger Weise von dem Gläubiger geschehen war, vielleicht weil der Zahlungs Termin noch nicht eingetreten war. Allein der Gläubiger hatte mit dem Käufer des Pfandes verabredet, daß wenn ihm der Schuldner das Kaufgeld wieder erstatten würde, er ihm das Pfand herausgeben solle. Wegen dieses Vertrags kann nun zwar der Schuldner mit der *actio pignoratitia directa* gegen den Gläubiger klagen, daß er ihm seine Rechte wegen der Zurückgabe des Pfandes gegen den Käufer desselben abtrete;

not. g. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Weßphals Pfandrecht §. 116. Not. 138.

32) *L. 3. Cod. de commodato.*

te³³⁾; allein gegen den dritten Besizer kann er diese Klage nicht anstellen. Gegen diesen wird dem Schuldner die Reivindicatio oder die actio in factum gestattet. Diese *actio in factum* ist, wie auch Wespsthal³⁴⁾ annimmt, vermuthlich die actio utilis, welche nach der Verordnung des Antoninus Pius, ein Mandatar auch ohne Cession gegen den Dritten anstellen kann, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem Namen gehandelt hat. Denn der Pfandgläubiger handelt bey der Veräußerung des Pfandes als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Der Mandatar muß aber seinem Gewaltgeber seine Rechte gegen den Dritten cediren, mit dem er, als Mandatar, contrahirt hat. Es kann jedoch auch der Prinzipal ohne Cession actione utili klagen³⁵⁾. So stimmt also die Entscheidung Ulpian's mit den Rechtsgrundsätzen seines Zeitalters vollkommen überein, und man hat hier gar nicht nöthig mit Anton Faber³⁶⁾ einen Tribonianismus anzunehmen, wie auch schon Gerhard de Voodt³⁷⁾ gezeigt hat. b) *L. 2. D. de pigno-*

33) Sonst kann zwar nach der Subtilität des röm. Rechts Niemand zum Vortheil eines Dritten pacisciren. *L. 73. §. ult. D. de div. reg. iur.* Allein da hier dem Gläubiger selbst daran gelegen ist, daß der Vertrag dem Dritten gehalten werde, so wird hier der Vertrag eben so angesehen, als ob ihn der Gläubiger für sich geschlossen hätte. Man sehe auch *L. 7. pr. D. de distract. pignor.*

34) Pfandrecht §. 219. Not. 243. C. 317.

35) *L. 13. §. 25. D. de act. E. Vend.*

36) *De errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. 9.*

37) *Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. Operum Tom. II. pag. 443. sq. §. Effectus venditi pignoris etc.*

pignoris. Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. *Casterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.* Nach dieser Stelle des Papinians kann der Bürge, welcher den Gläubiger befreidiget, und die Pfänder übernommen hat, dennoch vom Schuldner mit der *actio pigneratitia* nicht belangt werden, wenn er auch durch eine Cession in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist. Denn der Cessionar bleibt im Verhältniß zum Schuldner doch nur wie ein Fremder zu betrachten, mit dem er keinen Pfandvertrag geschlossen hat. Das zwischen ihnen statt habende Verhältniß ist also blos nach dem Mandatsvertrage zu beurtheilen ³⁸). c) *L. 2. D. Quibus mod. pignus solvit.* Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor *rem vindicat*: non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat. Der dritte Besizer, gegen welchen der Gläubiger die Hypothek mit der *actio Serviana* verfolgt hatte, hatte die auf der Sache haftende Schuld bezahlt, und die Hypothek getilgt. Durch diese Befreiung des Grundstücks von der darauf gehafteten Hypothek hat er die Sache wirklich meliorirt. Dem Schuldner bleibt nun zwar unbenommen, die Sache als sein Eigenthum zu vindiciren, aber er muß dem Besizer die Melioration vergüten, d. i. ihm die Schuld bezahlen, eben so, als ob dieser selbst der Gläubiger wäre. Ganz das Nämlliche wird *L. 28. pr. D. h. t.* gesagt, wo es heißt: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione

ne

38) S. Weßphals Pfandrecht §. 228. Not. 25a.

ne Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit; postea debitor eandem rem petens, exceptione summovetur: nisi offerat ei debitor, quod pro pro eo solutum est. Daß gegen den dritten Besitzer die Eigenthumsklage anzustellen sey, erhellet d) aus *L. 65. D. de rei vindicat.* wo Papinian sagt: Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque mediis temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. Daß hier nicht von der actio pignoratitia, sondern von der Eigenthumsklage die Rede sey, lehret schon der Titel, unter welchem dieses Fragment befindlich ist. Eben dieses lehret der Zusammenhang dieser Stelle mit *L. 48. D. eodem*, welche aus eben dem *libro 2. Responsorum Papiniani*, wie *L. 65.* genommen ist. Auch hier ist der Fall, wo der dritte Besitzer, welcher ein von dem Eigenthümer verpfändetes Grundstück von einem Nichteigenthümer gekauft, den hypothekarischen Gläubiger wegen Kapitals und rückständiger Zinsen befriediget hatte. Der Verpfänder klagte gegen den Besitzer mit der Eigenthumsklage. Daß der Besitzer das Grundstück dem rechten Eigenthümer herausgeben müsse, leidet keinen Zweifel. Aber er kann auch von Rechtswegen verlangen, daß ihm von dem Eigenthümer das an den Gläubiger desselben bezahlte Geld, wodurch die auf dem Grundstück vorhanden gewesene Hypothek getilgt worden ist, wieder ersetzt werde, insofern er nicht etwa durch den Genuß der Früchte, so weit er sie als bonae fidei possessor lucrirt, dieser Gegenforderung wegen entschädigt

get worden ist ³⁹⁾. In Verbindung mit den bisher erklärten Gesetzen können denn auch folgende Stellen des römischen Gesetzbuchs nicht wohl von einer andern Klage, als der Reivindication, verstanden werden; nämlich e) L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sit. Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit; examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Praesidis provinciae recuperare. f) L. 2. Cod. Si vendito pignore agatur. Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit. g) L. 3. Cod. eodem. Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: iubebit emtores, recepto pretio, restituere servos. Zur Erläuterung der letzten Stelle ist zu bemerken, daß wenn gleich in dem Falle, von welchem dieselbe redet, der Käufer und Verkäufer nicht außer Gefahr waren, wie die Worte per gratiam anzeigen, dennoch der Verkauf des Pfandes an sich nicht ungültig war. Daher muß hier der Schuldner zuvörderst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er die Reivindication gegen den dritten Besizer anstellen will. Denn das Eigenthum des Pfandes ist auf den Käufer übergegangen.

39) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. VI. Tit. 1. §. 10. und Weßphals Pfandrecht §. 258. Not. 290.

gangen. Hieraus erklärt sich denn auch, warum der Käufer nur dann erst in Anspruch genommen werden kann, wann der Verkäufer außer Stande ist, den Verpfänder schadlos zu halten. Denn die Restitution in den vorigen Stand ist ein außerordentliches Rechtsmittel, welches in der Regel nur dann gestattet wird, wenn der Verletzte durch ordentliche Mittel den Schaden vollständig von sich abzuwenden nicht vermag. Daher muß hier der Verpfänder vor allen Dingen mit der *actio pigneratitia directa* gegen den Gläubiger auf das Interesse klagen, ehe er den Käufer belangen kann, wie auch Cujaz ⁴⁰⁾ ganz richtig bemerkt hat. Dieser Gründe ungeachtet, sind doch viele Rechtsgelehrten ⁴¹⁾ anderer Meinung. Man giebt zwar zu, die *actio pigneratitia directa* sey eine persönliche Klage, man glaubt aber, sie sey zu denjenigen persönlichen Klagen zu zählen, welche auch gegen den dritten Besizer Statt finden, und welche daher *actiones in rem scriptae* genannt zu werden pflegen. Den Beweis hiervon meint man nicht nur in den bisher angeführten Gesetzen zu finden, in welchen nämlich der Grund der Pfandcontractsklage, nämlich Bezahlung der Schuld, sehr deutlich ausgedrückt werde; sondern man beruft sich noch

§ 2

insons

40) Recitatt. solemn. in Codicem ad Tit. 29. libri VIII. *Si vendito pignore agatur. §. Quod si iure facta sit venditio. etc.* Man sehe auch *Westphals Pfandrecht §. 220. Not. 244.*

41) MEVIUS *Decision. P. V. Decis. 342.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 5.* BERGER *Oecon. iuris. Lib. III. Tit. II. Th. 17. not. 3.* WERNHER *Select. Observation. for. Tom. III. P. III. Obs. 2.* STRUBEN *rechtliche Bedenten 5. Th. Bed. 70.* MENCKEN *Diff. de actione pigneratitia. §. 13.* PÜFTMANN *Adversar. iuris univ. Lib. II. cap. 3.*

insonderheit auf eine Stelle des kanonischen Rechts, nämlich auf das *cap. 6. X. de pignorib.* wodurch vollends die Sache ausser allem Zweifel gesetzt seyn soll. Allein eine nähere Beleuchtung dieser Stelle wird uns von dem Gegentheil überzeugen. Die Stelle lautet so: *Cum contra nobilem virum G. Deentem, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus L. de Saul pro certa quantitate pecuniae obligaverat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pignoraverant, movisses in nostra praesentia quaestionem, legitime probavisti, quod ex earum proventibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, quia eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus forti poterant adaequari. Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione fortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restitui, et in sortem debeant computari: considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent, ipsas tibi restituendas esse decrevimus, et te per nuncium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.* Es wird nun zwar in dieser Stelle allerdings verordnet, daß nach bezahlter Schuld, und sey sie auch, wie in dem Falle, welchen hier der Pabst Innocenz III. entscheidet, durch die Früchte der Sache getilgt worden, das Pfand restituirt werden müsse, und daß der Verpfänder befugt sey, die verpfändete Sache auch von einem dritten Besitzer, an den sie der Pfandgläubiger wieder verpfändet hat, zurückzufordern. Allein das Gesetz bestimme hier so wenig, als es in den bereits angeführten Stellen des Römischen Rechts geschehen war, die Art der
 Klage,

Klage, welche gegen den dritten Besizer der Sache anzustellen sey. Es muß also immer eine dazu geeignete Klage vorausgesetzt werden. Man wendet zwar ein, der ganze Inhalt des Textes werde jeden Unbefangenen, welcher die Worte desselben nur etwas genauere erwägt, lebhaft überzeugen, daß das Gesetz nicht von der Eigenthumsklage verstanden werden könne, sondern die Pfandcontractsklage unverkennbar darin angedeutet werde. Schon das, was der Pabst von dem hier unternommenen Beweise anführe, setze dieses ausser allem Zweifel. Denn wäre die Eigenthumsklage angestellt worden, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen. Hiervon werde aber in dem angeführten Text kein Wort gesagt, sondern der Kläger hätte bloß dargethan, daß die Forderung seines Gläubigers durch die aus dem verpfändeten Grundstück gezogenen Früchte getilgt sey. Dieser Beweis würde bey der Reivindication unnütz und lächerlich seyn, wo der Besizer die Sache umsonst herausgeben muß; hingegen der *actio pigneratitia* sey er vollkommen angemessen, indem der Kläger bey derselben darthun muß, daß der Beklagte entweder durch baare Bezahlung der Schuld, oder durch Compensation der genossenen Früchte befriediget sey. Man brauche nur die *L. 1. Cod. de pignorat. act.* mit dem *cap. 6. X. de pignoris.* zu vergleichen, um sich zu überzeugen, daß in beyden Stellen von der Pfandcontractsklage gehandelt werde. Dieß sind die Gründe, welche besonders Leyser gebraucht hat. Er glaubt überdem, daß es auch schon die Billigkeit erfordere, daß der Schuldner die verpfändete Sache nicht umsonst durch die Reivindication wieder erlange, sondern daß er vielmehr das, was er von dem Gläubiger empfangen, dem redlichen Besizer restituire, um sich

sich nicht mit dessen Schaden zu bereichern. Allein das ganze kaiserliche Raisonement beruhet auf einer unrichtigen Ansicht des hier von dem Pabst entschiedenen Rechtsfalles. Der Gläubiger, oder, welches hier gleichviel gilt, desselben Erben, hatten das Pfand an einen Dritten weiter verpfändet, der solches also jezt, und zwar auch nur als Pfandgläubiger, im Besiß hatte. Wie konnte hier der Besitzer auf den Einfall gerathen; sich das Eigenthum anzumaßen, wenn der Verpfänder das Pfand vindicirte? Wie konnte hier ein Streit über das Eigenthum entstehen, welcher den Beweis desselben nothwendig gemacht hätte? Es war genug, wenn der Kläger bewies, daß der Beklagte die Sache von seinem, des Klägers, Gläubiger, als ein Pfand erhalten habe. Man sieht also, warum hier der Beweis des Eigenthums nicht zur Sprache kam. Da jedoch dem Verpfänder durchaus nicht eher ein Recht zusteht, das Pfand zurückzufordern, als wenn die Schuld, oder das Pfandrecht auf irgend eine Art getilgt ist; so kam es freylich in dem gegenwärtigen Falle nur hauptsächlich darauf an, daß der Schuldner nachwies, das Pfandrecht sey durch den Genuß der aus dem verpfändeten Grundstück erhobenen Früchte erloschen, und die Schuld damit getilgt. Natürlich mußte nun der zweyte Gläubiger condemnirt werden, die Sache dem ersten Verpfänder zu restituiren, weil dessen Pfandrecht von keiner längern Dauer, als das Pfandrecht des ersten Gläubigers, seyn konnte ⁴²⁾. So überflüssig also hier der Beweis des Eigenthums gewesen wäre, da Niemand dem Kläger das Eigenthum streitig machte, so nothwendig war der hier von dem Kläger geführte Beweis, weil,

42) L. 40. §. 2. D. de pignorat. act.

weil, so lange die Pfandklage gegen den Gläubiger selbst nicht Statt hatte, auch die Sache nicht von dem dritten Besitzer abgefordert werden konnte. Daraus folgt nun also noch gar nicht, daß hier von der *actio pigneratitia* die Rede sey, da derselben überdem mit keinem Worte gedacht wird. Es widerlegt sich auch dadurch der Einwand, daß bey der Retvindication der Beweis, von welchem in unserm Text die Rede ist, unnütz und lächerlich gewesen wäre, weil der Besitzer die Sache umsonst herausgeben müsse. Zwar hat der Satz, daß die Herausgabe der Sache bey der Retvindication umsonst geschehen müsse, als Regel allerdings seine Richtigkeit; er leidet aber doch auch seine Ausnahmen, wie aus der bereits oben angeführten *L. 65. pr. D. de rei vindicat.* deutlich genug erhellet. In der That aber behauptet die angeführte Regel auch hier ihre Gültigkeit. Denn hat der erste Verpfänder seinen Gläubiger völlig befriediget, so muß der zweyte Gläubiger, an welchen jener das Pfand weiter versetzt hat, solches dem ersten unentgeltlich herausgeben, wenn ihm gleich sein Schuldner das Pfand für eine größere Schuldsomme verpfändet hätte. Dieser mag sich dann an seinen Schuldner und Verpfänder halten. Ein Retentionsrecht steht ihm deswegen gegen den ersten Verpfänder nicht zu, wenn dieser das Pfand vindicirt, wie auch schon bey einer andern Gelegenheit (§ 866. S. 59.) vorgekommen ist. Hätte der Gläubiger die Sache vermöge eines Auftrags des Schuldners weiter verpfändet, oder cedirt er dem letztern seine Klage gegen den dritten Besitzer, so versteht sich zwar von selbst, daß die *actio pigneratitia* gegen den Dritten Statt finde, allein juristisch ist dieses keine Ausnahme von jenem Satz,

wie

wie auch Thibaut ⁴³⁾ und Emminghaus ⁴⁴⁾ ganz richtig bemerkt haben. Aus allem erhellet nun deutlich genug, wie unerheblich die Gründe sind, womit man die Zulässigkeit der actio pigneratitia wider einen dritten Besizer beweisen will. Die meisten Rechtsgelehrten ⁴⁵⁾ vertheidigen daher mit Recht die entgegengesetzte Meinung.

Aus

43) System des P. R. 2. Band. §. 662.

44) ad cocceji ius civ. contro. Tom. II. h. t. Qu. 15. not. p. pag. 261.

45) *Iust. Henn.* BOEHMER *Iur. Eccles. Protest.* Tom. I. Lib. I. Tit. 2. §. 72. *Io. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit.* XXVI. §. 8. sqq. *Io. Uir. de CRAMER Observat. iuris univ.* Tom. I. Obs. 375. *Io. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.* *Io. Henr. BERGER Supplementa ad Electa disceptation. for. P. I. Tit. 5. §. XXXI.* pag. 99. *Sam. de cocceji iur. civ. contro. h. t. Qu. 14. et 15.* *Reinh. BACHOVIVS Tr. de pignor. et hypoth.* Lib. V. cap. 19. *Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 16.* *Franc. ALEX Diff. de usu actionis pigneratitiae contra tertium rei oppignoratae possessorem. In eius diebus academ. s. Opuscul.* Heidelberg. 1753. 4. Diff. XV. pag. 467. sqq. *Westphal Pfandrecht §. 258.* *Car. Frid. WALCH introd. in contro. iur. civ. pag. 735. sq.* *Io. Nic. LÜTKENS Diff. de actione pignoratitia contra tertium non competente.* Goett. 1777. *Christ. Nic. SCHLICHTERULL Disput. sist. quaestionem: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat? Gryphiswaldiae 1777.* *Abrah. BRACK Diff. de actione pigneratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente.* Gießae 1786. *Car. Christ. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1889.* *Io. Ern. Iust. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Observat. 342.* und *Christ. Heinr. Gottl. Rösch Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelehrtheit. 1. Band Betracht. XVII. S. 226. ff.*

Aus den Prämissen entscheidet sich noch etne andere Frage, welche ebenfalls sehr streitig ist, nämlich wenn ehe die Pfandcontractsklage verjährt werde? Daß dazu die ordentliche Verjährungszeit nicht genüge, ist gewiß. Folgende klare Befeststellen lassen uns auch hieran gar nicht zweifeln.

L. 10. Cod. h. t. Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt.

L. 12. Cod. eodem. Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora, quae in eadem causa durant, restituat debitori: nullo spatio longi temporis defenditur.

Daraus folgt nun aber nicht, daß die actio pigneratitia directa hiermit für unverjährbar erklärt worden sey, wie viele ⁴⁶⁾ behaupten wollen. Zwar kann freylich der Pfandgläubiger durch keine Verjährung das Eigenthum der Sache, welche er als Pfand besitzt, erwerben, weil es ihm an allen Erfordernissen der acquisitiven Verjährung mangelt. *L. 13. pr. D. de Usurpat. et usucap.* sagt

46) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 9. 10. Lud. SCHMIDT Diss. de praescriptione actionis pigneratitiae directae, praef. 10. Casp. HEIMBURGIO def. Ienae 1756. § 45. Aug. Siegm. Rort Theorie der Verjährung. Leipzig 1811. §. 22. u. a. m.*

sagt ausdrücklich: *Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.* Eben dies will das deutsche Sprüchwort sagen: *Verfaß verjähret nicht* ⁴⁷⁾. Allein es ist hier von keiner acquisitiven, sondern blos extinctiven Verjährung die Rede. Dieser ist die *actio pignoratitia directa* allerblings unterworfen, weil nach der allgemeinen Vorschrift der *L. 3. Cod. de praescript 30. vel 40. annor.* alle Klagen, sie seyen persönliche, oder dingliche, in dreißig Jahren durch Verjährung erlöschen sollen. Von dieser Regel haben die Gesetze in Ansehung der Pfandklage keine Ausnahme gemacht ⁴⁸⁾. Es kommt also nur noch darauf an, von welcher Zeit an diese dreißigjährige Präscription bey der *actio pignoratitia directa* ihren Anfang nehme? Dies ist nun eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Es giebt hierüber zweyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige ⁴⁹⁾ nehmen an,

47) S. Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 321. der neuern Ausgabe. Leipzig 1792.

48) S. Lud. God. MADIHN ad Menckentii doct. de actionib. for. Not. 552. pag. 197. und Christ ph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. u. 168. In einem Falle bauert jedoch die *actio pignoratitia directa* nur zwey Jahre, nämlich wenn sie auf Einlösung eines dem Gläubiger vom Regenten zugeschlagenen Pfandes geht. *L. 3. §. 3. Cod. de iure domini impetrando.* S. Dabelow 2. Th. §. 162. S. 226. und Ehlbau System des Pand. Rechts 2. B. §. 1039.

49) Reinh. BACHOVIVS Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 20. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 6. Petr. de TOULLIERU Diff. iuri luendi ac repetendi pignoris an praescribatur? in eius Collectan. iur. civ. Diff. III. p. 106. sqq.

an, die Verjährbarkeit dieser Klage fange gleich von dem Augenblick an, da der Pfandcontract geschlossen worden. Ihr Hauptgrund ist, weil es eine Nachlässigkeit von Seiten des Schuldners sey, wenn er den Gläubiger nicht binnen rechtsverjährter Zeit befriedigte, und dadurch sich in den Stand setzte, seine Pfänder abfordern zu können. Diese Nachlässigkeit könne dem Schuldner nicht zu Statten kommen, weil die Verjährung zur Bestrafung der Nachlässigkeit eingeführt sey. Andere ⁵⁰⁾ hingegen behaupten, daß die auf Zurückforderung des Pfandes zu richtende Klage erst von der Zeit an verjährbar werde, da der Schuld-

§. 70. sqq. *Sam de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19.*
Westphal Pfandrecht §. 259. u. a. m.

50) *Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. L. Th. 9. Sam. ATRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. Petr. MÜLLER ad Struvii Syntagma iur. civ. Exerc. XIX. Th. 49. not. §. Ge. FRANTZII Commentar. in Pand. h. t. nr. 12 et 13. Io. Henr. de BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 2. Th. 17. Not. 2. Io. Henr. Christ. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 294. et 295. God. Lud. MENCKEN Doctr. de actionib. for. pag. 196 §. 23. Car. Frid. VOIGT Diss. de praescriptione actionis pignoratitiae directae, praef. Io. Matth. MARTINI, Rostochii 1794. def. MOUSSON Diss. eiusd. argum. praef. Christ. GMELIN def. Tubingae 1796. Schibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 53. Joh. Ern. Bernh. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. c. Ad. Diet. Weber zu Höffners Commentar über die Helmec. Institutionen §. 1182. Not. 3. S. 1128. Christoph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. u. 168. und Christ. Heinr. Gottl. Schöp Meditationen über die interessant. Gegenst. der heut. Civilrechtsgelährtheit. 1. B. Petr. 18.*

Schuldner die Pfandschuld abgetragen hat. Denn die Pfandklage werde erst in dem Augenblick eine *actio nata*, da die Bezahlung der Schuld geschehen, und dennoch die Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt ist. Das Recht, ein Pfand vom Gläubiger wieder einzulösen, sey also vor geschehener Zahlung ewigdauernd, und erlösche erst nach derselben binnen dreyßig Jahren. Diese letztere Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn es ist eine allgemeine Regel, daß die Verjährbarkeit einer Klage erst von dem Augenblicke an fange, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. *Actioni nondum natus non currit praescriptio*. Dies ist ein Satz, der bey der Präscription aller Klagen seine Anwendung findet⁵¹⁾. Nur machen es die Gesetze zur ausdrücklichen Bedingung, daß die Schuld bezahlt, oder der Gläubiger auf andere Art befriediget worden seyn müsse, wenn die *actio pignoratitia* mit Wirkung soll angestellt werden können. Folgende Stellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 3. D. h. t. Omnis pecunia exfoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio.

L. 9. §. 5. D. eod. Qui ante solutionem egit pignoratitia, — non recte egit.

Man wendet zwar dagegen ein, daß die Bedingung, unter welcher dem Schuldner die Pfandklage zuständig ist, aus dem Grunde hier nicht in Betrachtung gezogen zu werden

51) *L. 7. §. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. L. 1. §. ult. Cod. de annali except.* Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 149.

den verdiene, weil es ihm frey stehe, den Gläubiger in Ansehung seiner Forderung zu befriedigen, wenn er will. Der Schuldner habe es sich folglich selbst bezumessen, wenn er das seiner Klage entgegenstehende Hinderniß nicht aus dem Wege räume, und es sey dies eine Nachlässigkeit, weswegen die actio pignoratitia eben so gut, als andere Klagen, verjährt werden könnte. Denn wenn die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemandem ein Recht zusteht, blos von ihm abhängt, und er wollte sich dennoch durch seine Nachlässigkeit zum Schaden eines Andern einen Vortheil zu verschaffen suchen; so streite dieß der ganzen Rechtsanalogie entgegen. Ueberdem könnten jenen Gesetze stellen, wo gesagt wird, die actio pignoratitia sey nur erst dann nata, wenn der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, andere, nämlich die *L. 1. §. 6. D. de obligat. et actionib.* und *§. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat.* entgegen gesetzt werden. Allein, bey einer genauern Prüfung, erscheinen diese Einwürfe als sehr unbedeutend. Man vermische nicht Nachlässigkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld mit der Nachlässigkeit desselben in Zurückforderung des Pfandes. Erstere kann dem Schuldner allerdings zum Vorwurf gereichen, und ihn auch die nachtheiligen Folgen des Verzugs empfinden lassen, ohne daß deswegen die letztere nur denkbar ist. Wir wollen aber einmal annehmen, die letztere wäre von der ersten unzertrennlich, so müßte doch der Schuldner erst durch eine Interpellation, gleichviel, ob *lex*, oder *dies*, oder *homo* ihn interpellirt hat, in eine *mora* versetzt worden seyn. Erst von dieser Zeit an könnte also die actio pignoratitia als nata angesehen werden, und von einer Verjährung derselben die Rede seyn. Nimmermehr kann daher auch nach

die.

dieser Ansicht die Verjährung der Pfandklage schon von der Zeit des geschlossenen Contracts ihren Anfang nehmen, wenn man nicht die offenbare Ungereimtheit will Statt finden lassen, daß der Schuldner in dem Augenblick, da er gegen den Empfang des Anlehns das Pfand gab, auch schon die Schuld hätte wieder bezahlen, und das Pfand einlösen sollen. Allein es kann auch nicht einmal die Verjährung der Pfandcontractsklage schon von der Zeit an gerechnet werden, da der Schuldner wegen Bezahlung der Hauptschuld in mora zu seyn anfieng. Denn dieser Verzug berechnete bloß den Pfandgläubiger, deshalb auf die Bezahlung der Schuld zu dringen. Es war also bloß auf seiner Seite die actio nata; aber noch nicht die dem Schuldner zustehende Pfandklage. Denn diese kann der Schuldner schlechterdings nicht eher, als nach Entrichtung der Schuld, anstellen. So lange also diese noch existirt, kann von keiner Nachlässigkeit des Schuldners, und folglich auch von keiner Verjährung der ihm zustehenden Pfandklage die Rede seyn. Nur den Gläubiger allein trifft daher der Vorwurf der Nachlässigkeit, wenn er, nachdem der Schuldner in mora zu seyn anfieng, die ihm nun zuständige Schuldklage nicht anstellte. Nur dessen Klage ist daher, von dieser Zeit an, der Verjährung unterworfen. Die Verjährung der Pfandklage hingegen kann nach richtigen Ansichten durchaus nicht eher anfangen, als wenn die Schuld bezahlt, oder sonst der Gläubiger befriediget worden ist. Denn bis dahin befand sich der Gläubiger in keinem illegalen Zustande. Dieser fängt erst in dem Augenblick an, da nach geschehener Zahlung die schuldige Rückgabe des Pfandes nicht erfolgte. Erst von jetzt an ist daher die Pfandklage zuständig. So wenig nun die Saum-

selig

selbigkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld auch schon eine Nachlässigkeit desselben in Anstellung der Pfandcontractsklage in sich schließt, eben so wenig ist die Verjährung der Schuldklage mit der Präscription der Pfandklage dergestalt conner, daß die eine auch nothwendig die andere in sich schließt. Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten ⁵²⁾ behaupten, daß in dem Falle, da die Schuldklage durch Verjährung erlischt, die actio pigneratitia directa zugleich mit verjähre. Offenbar werden hier zwey ganz verschiedene Klagen mit einander vermischt. Ist die aus dem Hauptcontract entspringende Klage durch Verjährung erloschen, so wird dadurch mit Recht die Nachlässigkeit des Gläubigers bestraft. Wie kann aber diese Nachlässigkeit dem Schuldner zum Nachtheil gereichen, dem seiner Seits noch keine Nachlässigkeit in Ansehung der ihm zustehenden Pfandklage zur Last fällt? *Unicuique sua negligentia nocet, non alii* ⁵³⁾ Würde nicht auf solche Art dem Gläubiger seine Nachlässigkeit vielmehr zum Vortheil gereichen, wenn er nun das Pfand behalten dürfte, das leicht mehr werth seyn kann, als die ganze Pfandschuld beträgt? Ueberdem aber steht ja dem Schuldner noch immer, wenn er auf die Restitution der verpfändeten Sache klagt, die Ausflucht entgegen, daß die Forderung noch nicht getilgt sey. Diese Einrede ist an keine Verjährung gebunden ⁵⁴⁾. Denn durch die extinctive Verjäh-

52) Gottlieb STURM Diss. de praescriptione reuisionis pignorum secundum analogiam iuris civ. *Vitembergae* 1728. und Jac. RAUE Princip. univ. doctrinae de praescriptione §. 49.

53) *L. 173. §. 2. D. de reg. iuris.*

54) S. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 167. S. 240. f. Anderer Meinung ist Lud. God. MADIHN ad Mencken Doctr. de actionib. for. Not. 558. pag. 197.

jährung, von welcher hier allein die Rede ist, wird nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung derselben durch Klagen ausgeschlossen; es muß folglich wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit noch immer eine Einrede Statt finden⁵⁵). Gesetze, welche unserer Behauptung entgegen stünden, wird man schwerlich finden. Am wenigsten sind es die, welche man uns entgegen zu setzen suche. Denn in dem oben angeführten *§. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligatio*, und der ganz gleichlautenden *L. 1. §. 6. D. de obligat. et action.* wird offenbar mehr nichts, als die vollkommene Verbindlichkeit des Gläubigers, die verpfändete Sache zu restituiren, ausgesprochen. Von einer Verjährung der darauf zu richtenden Klage ist gar keine Rede. Dennoch, glaubt man, streite die Rechtsanalogie unserer Behauptung entgegen. Denn wäre es richtig, daß die Pfandklage nicht schon von der Zeit des geschlossenen Pfandcontracts, sondern erst von der Zeit der Bezahlung der Schuld an binnen dreßßig Jahren verjährt werde, so dürfte man auch bey allen übrigen Klagen, welche aus *Bilateral-Contracten* entspringen, den Anfang der Verjährung nicht von der Zeit des geschlossenen Contracts an datiren, welches doch die Gesetze gleichwohl verordnen. Allein ganz davon abgesehen, daß bey der Pfandklage deutliche Gesetze vorhanden sind, welche den Zeitpunkt genau bestimmen, da diese *actio nata* ist; so nimmt man hier offenbar einen Satz als ausgemacht an, dem man doch mit Grund widersprechen muß. Auch bey zweyseitigen Ver-

pflicht-

55) S. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 10.

pflichtungen kann man als Regel annehmen, daß keine Klage eher entstehe, als bis man sich zu der Leistung, wodurch das Klagerecht begründet wird, wirklich erbie-
ret⁵⁶⁾. Es kann daher auch bey diesen die Verjährung der Klage nicht eher anfangen. So wenigem Zweifel jedoch die Verjährbarkeit der Pfandklage nach dem Römischen Rechte unterworfen ist, weil nach demselben der gute Glaube zur erlöschenden Verjährung nicht notwendig erfordert wird, sondern nur insofern in Betrachtung kommt, als der Präscribens, oder der Besitzer der Sache, an welcher der Andere seine Ansprüche durch die Verjährung verlohren hat, solche aus den Händen eines Dritten mit einer dinglichen Klage zurückfordern will⁵⁷⁾; so verhält sich dennoch nach dem Canonischen Rechte die Sache ganz anders. Denn da nach der Vorschrift desselben zur Verjährung solcher Klagen, welche auf Restitution einer fremden Sache gehen, insofern der Besitzer zur Fortsetzung des Besizes berechtigt werden soll, eine die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauerte bona fides notwendig erfordert wird⁵⁸⁾; so kann nach diesem Grundsatz der Gläubiger selbst sich gegen den Schuldner nie mit der Einrede der Verjährung schützen, wenn letzter auch erst nach dreyßig Jahren von Zeit der Bezahlung der Schuld an gerechnet, auf Zurückgabe des Pfandes klagen sollte⁵⁹⁾.

56) *S. Eibi auf System des Pandectenrechts* 2. Band §. 1034.

57) *L. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. S. Dabelow über die Verjährung* 2. Th. §. 144. S. 178. f.

58) *Cap. 5. et 20. X. de praescript. Dabelow a. a. O. §. 182. S. 300. f.*

59) *LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1893.*

Lib. XIV. Tit. I.
De exercitoria actione.

§. 876.

Begriff der actionum adiectitiae qualitatis.

Die persönlichen Klagen lassen sich in Rücksicht ihrer Anwendung auf zweyerley Art gedenken. Sie werden entweder rein, und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht, so wie es ihre ursprüngliche Natur mit sich bringt, oder es wird einer genannten Klage noch ein Beysatz hinzugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen, oder um den Grund vollständig und bestimmt anzugeben, warum der Beklagte entweder überhaupt, oder auch aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann, gegen welchen sonst nach der Strenge des Rechts keine Klage Statt gefunden hätte. Solche persönliche Klagen, welche in einem gewissen Falle nicht rein und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht werden, sondern bey ihrer Anwendung noch einen Beysatz erhalten, um hierdurch eine Eigenschaft derselben anzuzeigen, welche in ihrem Wesen eigentlich nicht aufzufinden ist, sondern durch die Anordnung eines Gesetzes begründet wird, werden von den neuern Rechtsgelehrten *actiones adiectitiae qualitatis* genannt.

henné⁶⁰). Die Benennung ist blos doctrinell, wozu Paulus die Veranlassung gab, wenn er *L. 5. §. 1. D. de exercitoria actione* sagt: es sey keinem Zweifel unterworfen, daß wenn man mit einem *magister navis* ein Geschäft schließt, die aus demselben entspringende Klage allerdings noch immer gegen ihn selbst rein und unverändert, wie sie ist, erhoben werden könne, wenn gleich das Edict erlaubt, gegen den *exercitor* zu klagen. Dieß stehe jener Klage nicht entgegen: *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur*; das heißt, weil das Edict die Klage nicht dergestalt auf den *exercitor* überträgt, daß man nicht mehr unmittelbar gegen den eigentlichen Schuldner, den *magister navis*, klagen könnte. Denn das Edict modificirt nur die Klage, und giebt ihr die neue Eigenschaft, daß sie auch gegen den *exercitor* erhoben werden kann⁶¹). Die sogenannten *actiones adjectitiae qualitatis* sind also keine eigenen und Hauptklagen, sondern Benennungen einer Modification, oder eines Beysatzes, welcher einer benannten Hauptklage hinzugefügt wird, und von verschiedener Art seyn kann. Eine persönliche Klage kann nämlich zuweilen einen Beysatz erhalten, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen. Dies ist der Fall bey den bereits vorgekommenen

M 2.

Bey

60) *S. Io. Henr. de BERGER fontes adjectitiarum qualitatum, Vitebergae 1682. Ge. ENGELBRECHT Diss. de adjectitiis actionum qualitativibus. Helmst. 1708. Nic. Guil. DRESSEL Diss. de actionibus adjectitiarum qualitatum, earumque usu hodierno. Ienae 1718. Häbners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Römischen Rechts §. 9 Nr. 6. S. 84. ff. u. Ebt aut System des Pand. R. 1. Th. §. 70. a. E.*

61) *Herm. VOLTZAUJUS Iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 14.*

Beyspielen der *actio interrogatoria* ⁶²⁾, insofern sie wegen der geschehenen Interrogation auf ein Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen; ferner der *condictio triticiaria* ⁶³⁾, der *condictio de eo, quod certo loco* ⁶⁴⁾, der *actio in factum ex iureiurando* ⁶⁵⁾, der *actio iudicati* ⁶⁶⁾ u. m. a. Zuweilen erhält eine Klage einen Beysatz, um den Grund bestimmt anzugeben, warum entweder gegen den Beklagten überhaupt die Klage Statt findet, welche sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, wie z. B. bey der *actio interrogatoria* der Fall seyn konnte; oder warum der Beklagte aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann. Nach der Strenge des Rechts kann man eigentlich nur aus seinen eigenen Handlungen verbindlich werden ⁶⁷⁾. Daher können Verträge Anderer mich in der Regel nicht verpflichten ⁶⁸⁾. Selbst der Vater wird nicht aus dem Vertrage seines Sohns verbindlich, wenn er gleich noch in des erstern Gewalt ist. Denn auch selbst das Verhältniß der fingirten Personeneinheit ändert nichts in dieser Lehre des Römischen Rechts ⁶⁹⁾. Der Prätor milderte je-

doch

62) C. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. C. 266. f.

63) C. den 13. Th. §. 843. C. 262.

64) C. den 13. Th. §. 845. C. 307.

65) C. den 12. Th. §. 798. b. C. 240. ff.

66) C. Car. God. WINCKLER Opusc. Tom. I. pag. 326.

67) L. 11. D. de obligat. et action. L. 73. §. 4. D. de reg. iuris.

68) L. 27. §. 4. in fin. D. de pact. C. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

69) §. 10. 1. de action.

doch diese Strenge in mehreren Fällen aus Gründen der natürlichen Billigkeit, indem er aus der verbindlichen Handlung eines Dritten eine Klage gestattet. Dies geschähe in allen den Fällen, wo man aus guten Gründen die Handlung des Dritten als die eigene Handlung des Beklagten ansehen konnte. Und so kann denn nun jede Klage *adjectitiae qualitatis* werden, wenn sie gegen den Beklagten aus der verbindlichen Handlung eines Dritten angestellt wird, dessen Person er zwar den Rechten nach nicht vorstellt ⁷⁰⁾, dessen Handlung aber aus einer gesetzlich gebilligten Ursache als die seinige angesehen wird ⁷¹⁾. Die gesetzliche Ursach, welche einer Klage die besondere Eigenschaft giebt, daß sie gegen einen Dritten angestellt werden kann, mit dem man nicht contrahirt hat, kann sehr mannichfaltig seyn. Sie kann 1) darin bestehen, daß der Dritte von dem Beklagten den Auftrag oder Befehl hatte, ein solches Geschäft zu schließen, als dasjenige ist, aus welchem er belangt wird. Daher die *actio exercitoria*, *institoria*, und *quod iussu*. Oder 2) darin, daß der Beklagte der Person, aus dessen Handlungen er belangt wird, ein *peculium* oder Waaren gegeben hat, um damit Handel zu treiben. Daher die *actio de peculio*, und *tributoria*. Oder auch 3) darin, daß der von dem Dritten geschlossene Contract erweislich zu des Beklagten Nutzen gereicht. Daher

70) Denn wenn der Beklagte des dritten Person den Rechten nach vorstellt, z. B. als Erbe, als Cessionar, so wird die aus dem Factum des Dritten entspringende Klage rein und in ihrer unveränderten Gestalt angestellt. L. 2. §. 2. D. de verbor. obligat. L. 5. Cod. de hered. vel act. vendita.

71) S. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. S. 1394.

Daher die *actio de in rem verso*, Von allen diesen Klagen wird in der Folge ausführlich gehandelt werden. Zuweilen kann Jemand auch 4) sogar aus der unerlaubten Handlung eines Dritten in Anspruch genommen werden, entweder weil er aus dieser Handlung selbst unmittelbaren Vortheil gezogen hat, und also dadurch reicher geworden ist, wie dies der Fall bey der *actio de peculio* seyn kann ⁷²⁾; oder weil der Beklagte von dem Dritten, dessen Herr er ist, überhaupt allen Nutzen zieht. Letzteres war der Fall bey den Römischen Moralklagen, von denen schon an einem andern Orte ⁷³⁾ gehandelt worden ist. Von dieser gesetzlichen Ursache oder *adjectio*, wie Paulus sagt ⁷⁴⁾, erhält also die *actio adjectitiae qualitatis* ihren besondern Namen, und es wird nun der Kürze wegen der Name der aus der verbindlichen Handlung des Dritten entspringenden Hauptklage gewöhnlich weggelassen. Wenn ich also z. B. gegen den Vater klage, dessen Sohne ich zum Behuf der eigenen Angelegenheiten desselben, dem väterlichen Befehle gemäß, baar Geld geliehen habe, so ist die Klage eigentlich die *actio mutui*, welche jetzt den Besah *quod iussu* erhält. Allein man nennt sie kurz weg *actio quod iussu*. Klage ich hingegen, wie mir ebenfalls freysteht ⁷⁵⁾, gegen den Sohn selbst, so ist die Klage die reine *actio mutui*, welche aus dem eingegangenen Geschäft entspringt. Nach dem neuern Civilrecht kann jedoch auch direct, und ohne Besah, in solchen Fällen gegen den Vater geklagt werden.

72) L. 3. §. 12. D. de peculio. L. 58. D. de reg. iuris.

73) C. den 10. Eb. §. 712.

74) L. 19. in fin. D. de in rem verso.

75) L. 7. D. Quod cum eo, qui in alien. potest.

den, wo er aus den Handlungen seines Sohns verbindlich wird. Justinian lehrt uns dies §. ult. I. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est.* wo es heißt: *Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem eius verum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.* Ei quoque, qui exercitoria vel infitoria actione tenetur, *directo posse condici placet*; quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Hiermit stimmt auch Paulus überein, wenn er *L. 29. D. de rebus credit.* sagt: *Si infitorem servum dominus habuerit, posse dici Iulianus ait, etiam condici ei posse*; quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit. Arnold Vinnius ⁷⁶⁾ behauptet mit Recht, daß dieses durch die Auctorität der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden. Er zieht hieraus die Folge, daß nun die actiones adjectitiae qualitatis für uns keinen Gebrauch mehr hätten. Allein hierin getraue ich mir nicht ihm beizutreten. Denn die Gesetze reden ja offenbar nur von dem Falle, wenn das Geschäft, aus welchem der Beklagte belangt wird, mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche unter desselben Gewalt steht, wo dann die Einheit der Person allerdings in Betrachtung kommt, wie auch Merrill ⁷⁷⁾ und Barklai ⁷⁸⁾ ganz richtig bemerkt haben. Ulpian führt auch diesen Grund selbst an, wenn er *L. 19.*

§. 3.

76) Commentar. ad §. ult. I. *Quod cum eo.*

77) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad *L. 29. h. Tit.* in *Thef. Otton.* T. III, pag. 682.

78) Commentar. ad *L. 29. D. de reb. credit.* in *Thef. Otton.* T. III, pag. 882.

§. 3. *D. de iudic.* sagt: Quod cum servo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit. Wo also dieser Grund wegfällt, kann nur mit der *actio adjectitiae qualitatis* oder *actione utili ad exemplum institoriae actionis* geklagt werden, wie auch die Römischen Rechtsgelehrten selbst an andern Orten deutlich lehren ⁷⁹⁾. Einige ⁸⁰⁾ wollen zwar unter der *condictio*, welche direct gegen den Vater oder Herrn angestellt werden kann, die generelle *condictio certi* verstehen, mit welcher hier die *actio adjectitiae qualitatis* concurrirt. Allein diese Meinung ist schon von andern ⁸¹⁾ widerlegt worden.

§. 877.

Actio exercitoria. Exercitor. Magister navis,

Es ist nun zuerst von denjenigen *actionibus adjectitiae qualitatis* zu handeln, welche die Beförderung des gemeinen Handels und Credits zum Zweck haben. Zu diesen gehört I. die *actio exercitoria*, welche der Prätor gegen einen Schiffsrheder (*exercitor navis*) giebt, wenn man mit desselben Schiffsverwalter (*magister navis*) ein das Schiffsgewerbe betreffendes Geschäft der dem letztern ertheilten *Schiffsordre* gemäß geschlossen hat. Sie wird auf Leistung dessen gerichtet, was man aus dem Contract

79) L. 31. *D. de negot. gest.* L. 19. *D. de institor. act.* L. 13. §. 25. *D. de act. emti vend.* L. 5. *D. de stipulat. praetor.*

80) Nach Cujas behauptet dieß besonders POTHIER Pand. Instit. Tom. I. Lib. XIV Tit. 3. Nr. III. not. b.

81) S. BACHOV Tract. de actionib. Disput. VIII. Th. 15.

tract zu fordern hat⁸²⁾. Wer nämlich ein eignes oder ganz von ihm zum Gebrauch übernommenes fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung hält, und davon die Einkünfte zieht, heißt *exercitor*, *Schiffsrheber*, *Schiffspatron*, und wenn mehrere das Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet haben, so werden sie *Schiffsfreunde* oder *Mitrrheber* genannt. Derjenige hingegen, dem die, auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloßer Schiffsarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird *magister navis*, *Schiffsmeister*, oder *Seßschiffer*, oder *Schiffsfactor* genannt. L. 1. §. 1. D. h. t. sagt; *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.* — §. 3. *Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis: sed etiam si mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.* — §. 2. Sed si *cum quolibet nautarum*, (3. B. dem *Steuermann*, oder einem *Botsmann*, oder *Ruberfnecht*) sit contractum, non datur actio in exercitorem. §. 15. *Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per-*
aver-

82) Von dieser Klage handeln *Franc.* DUARENUS in Comment. ad hunc Tit. *Oper* pag. 967. sqq. *Franc.* STYPMANN in iur. maritimo. Cap. XV. *Io. LOCCENIUS* iur. maritim. Cap. VII. beyde in *Io. Gottl. HEINECCHII* *Scriptorib. iuris nautici* pag. 531. sqq. et pag. 1029. sqq. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Diss. de exercitoria actione. *Nic. Wilh. DRESSSEL* de actionib. adject. qualitat. Cap. 3. *Alb. Phil. FRICK* Diss. de actione exercitoria. *Helmst.* 1793. und *Schmidts* Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1404 — 1408.

averfionem conduxit ⁸³⁾, vel ad tempus vel in perpetuum. Hat der magister einen Andern fustituit, welches ihm erlaubt ist, so heißt dieser *promagister*. Daher sagt Ulpian *L. 1. §. 5. D. h. t. Magistrum* autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus *Iulianus* in ignorante exercitore respondit. Caeterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur,

§. 878.

Grund der Verbindlichkeit des Exercitors. *Lex praepositionis.*

Jeder magister navis erhält eine Vorschrift, oder Anweisung über die Art und Weise der ihm anvertrauten Geschäfts-

83) Was die Nebenart: *navem per averfionem conducere* eigentlich ausdrücken soll, darüber sind die Ausleger nicht einig. Man vergleiche *ALCIATUS Parergor. Lib. VI. c. 28. CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 5. GOVEANUS Variar. Lexion. Lib. II. cap. 14. AUGUSTINUS Emendation Lib. III. cap. 6. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. Aversio. MERILLIUS Observat. Lib. VI. c. 25. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor, veter. pag. 437.* Gewöhnlich erklärt man jenen Ausdruck so, wenn man ein Schiff nicht theilweise, sondern ganz, und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zahl von Lasten (non ad certum amphorarum numerum. *L. ult. D. ad Leg. Rhod.*) gemiethet hat. *S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXVIII. Th. 2.* Allein es kann auch bey einer *conductio per averfionem* eine gewisse Zahl von Lasten bedungen seyn, womit das Schiff befrachtet werden kann. Es wird also darunter vielmehr ein solches Miethen des Schiffs verstanden, da man das ganze Schiff zu eigenem beliebigen Gebrauche dergestalt gemiethet hat, daß man für seine Rechnung alle Einkünfte zieht. *S. FRICK cit. Diff. §. 3.*

Geschäftsführung. Diese wird *lex praepositionis*, Schiffes concert, oder Schiffsortre genannt. Vermöge derselben ist er befugt, alle zur Vollführung des ihm übertragenen Geschäfts erforderlichen Verträge zu schließen. Hat er nun den Gränzen seiner Instruction gemäß gehandelt, so wird der Exercitor aus allen Verträgen desselben dem Dritten, welcher mit dem magister contrahirt hat, vollkommen verpflichtet. Der Grund dieser Verpflichtung ist also der, weil er den magister angestellt, und zur Schließung dieser Geschäfte authorisirt hat. Denn durch die Anstellung eines magistri giebt der exercitor jedem das ausschließende Versprechen, alle die Handlungen seines Schiffes, vermakters, die er als solcher unternimmt, eben so gelten zu lassen, als wenn sie von ihm selbst geschehen wären⁸⁴). Sie müssen nur aber das Schiffsgewerbe betreffen, und zwar in den ihm angewiesenen Geschäftskreis wirklich einschlagen, sonst macht kein magister seinen Principal verbindlich. Es gehören besonders folgende Geschäfte hierher:

L. 1. pr. D. h. t. Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri.

§. 2.

84) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 4. et 7. GER. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. T. II. Oper. pag. 329. HERM. VULTEIUS Comm. ad Institut. Tit. Quod cum eo. §. 2. nr. 6. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 871.

§. 2. Qui magistrum praeponit, *contrahi cum eo permittit.*

§. 5. Omnia igitur facta magistri debet praestare, *qui eum praeposuit*: alioquin contrahentes decipientur.

§. 7. Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed *eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit*: id est, si in eam rem praepositus sit, utputa, si ad onus vehendum locatum sit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautae operarum nomine petent.

§. 12. Igitur *praepositio* certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, item erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, *modum egressus, non obligabit exercitorem.*

Sehr bestimmte giebt auch der griechische Paraphrast Theophilus ⁸⁵⁾ den Grund der Verbindlichkeit des Exercitors an, wenn er sagt: *Ipsa aequitatis ratio adversus praepONENTEM dat actionem exercitoriam; qui enim aliquem praeponit, clara voce dicere videtur: Hunc ego praeposui; qui volet, cum eo contrahito.*

§. 879.

86) *Paraphr. graec. Inst. Lib. IV. Tit. 7. §. 2. in fine*: — ὁ γὰρ προϊτῶν τινα, δονεὶ λαμπρῶ λέγειν τῇ Φωνῇ, ὅτι ὄμοι τῆ του προέστουσα: ὁ βελομένης αὐτῷ συναλλαττέτω.

§. 879.

Persönliche Verhältnisse des magistri. Wie wenn mehrere dem Schiffe vorgelegt sind? Wie haften mehrere Exercitoren?

Auf die persönlichen Verhältnisse des magister navis kommt gar nichts an. Er kann daher ein freyer oder unfreyer Mensch, eine Manns- oder Frauensperson, ein Großjähriger oder Minderjähriger, in der väterlichen Gewalt des Exercitors, oder ein homo sui iuris seyn⁸⁶⁾. Leidet der exercitor durch dessen Handlungen Schaden, so hat er es sich bloß allein bezzumessen, daß er kein tauglicheres Subject gewählt hat. Ulpian sagt ausdrücklich *L. 1. §. 4. D. h. t. Cuius autem conditionis sit magister iste, nihil interest: utrum liber, an servus; et utrum exercitoris, an alienus: sed nec, cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo, qui praeposuit.* Denn nicht sowohl die Handlung des magister selbst, als vielmehr die Handlung der Präposition ist es, was den Exercitor verbindlich macht. Sind mehrere magistri demselben Schiffe vorgelegt, so kommt es darauf an, ob sie ihr Amt getheilt oder ungetheilt verwalten. In dem ersten Falle wird der exercitor anders nicht verpflichtet, als wenn jeder der Schiffsverwalter den Gränzen seines Mandats gemäß gehandelt hat. Wer also in diesem Falle mit einem magister contrahirt, muß sich genau erkundigen, wie weit derselben Instruction geht. In dem letztern Falle hingegen ist es in der Regel gleich viel, mit welchem magister man das Geschäft schließt, wenn nur dasselbe das Schiffsgewer

86) *E. Arn. VINNIUS* in Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. *STYPMANN* *lus maritim.* Cap. XV. nr. 115. 199. *LAUTEKBACH* *Colleg. th. pr. Pand.* h. t. §. 5.

gewerbe betrifft. Ein anders wäre, wenn sie nach der ihnen erteilten Ordre nicht allein, sondern gemeinschaftlich contrahiren sollten. Was hier dann einer ohne den Andern unternimmt, verbindet den exercitor nicht. So lehrt Ulpian L. 1. §. 13. et 14. D. h. t. Si plures sint magistri, non divisim officii, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisim, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor. Sed et si sic praeposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit. Hat der magister sich einen Andern substituirt, weil er selbst gehindert war, seinen Geschäften vorzustehen; so wird der exercitor auch aus dessen Handlungen verbindlich, eben so als wenn der Substituirté selbst gehandelt hätte; und dies findet zum Besten der Schiffarth auch sogar alsdann statt, wenn es dem magister ausdrücklich wäre verboten worden, einen Andern zu substituiren⁸⁷⁾. Aus eben dem Grunde des gemeinen Nutzens ist auch verordnet, daß mehrere exercitores aus den Handlungen ihres gemeinschaftlichen Factors in solidum verpflichtet seyn sollen⁸⁸⁾. Es kommt denn auch nicht darauf an, welchen Antheil ein jeder derselben an dem Schiffe selbst hat. Derjenige, welcher jedoch das Ganze dem Kläger bezahlt hat, kann gegen die übrigen mit der actio pro socio seinen Regreß nehmen⁸⁹⁾. Viele wollen jedoch jetzt den Exercitoren die Wohlthat der

Theil

87) L. 1. §. 5. D. h. t.

88) L. 1. §. ult. D. eodem. L. 4. §. 1. et 2. D. eodem.

89) L. 3. D. h. t.

Eheilung gestatten ⁹⁰⁾. Allein der Absicht der Gesetze ist dieses nicht gemäß, welche nach *L. 2. D. h. t.* ausdrücklich dahin geht: *ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit* ⁹¹⁾. Treiben die mehreren Schiffsfreunde das Schiffsgewerbe selbst, ohne einen Schiffsverwalter zu halten, und sie contrahiren mit einem Dritten, so ist jeder nur zu seinem Theil verbunden, den er an dem Schiffsgewerbe hat, und sie sind dann mit der aus dem geschlossenen Geschäft entspringenden Klage zu belangen ⁹²⁾. Auch gegen die Erben des verstorbenen Schiffsherrn kann die Klage nur auf ihren Theil gerichtet werden ⁹³⁾; es sey denn, daß gegen sie aus einmüthiger Ansetzung der Erbschaft von dem Magister geschlossenen Geschäft geklagt wird ⁹⁴⁾.

§. 880.

90) *S. G. BARTH* Diss. de magistro navis. Cap. II. §. 15. *Mich. God. WERNHER* Lectiss. Commentat. in Pand. t. §. 4. *Thibaut* System des Pandecten R. 2. B. §. 872.

91) *S. Franc. DUARENUS* in Comm. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 920. *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *HUBER* Eunomia Rom. ad *L. 1. §. ult. D. h. t. p. 551.* sq. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. *MÜLLER* ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. α. *STRYK* Ul. mod. Pand. h. t. §. 16. *de COCCEJI* iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. *FRICK* Diss. cit. §. 7. *Höpfner* im Commentar über die Institutionen §. 1149. *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1801.

92) *L. 4. pr. D. h. t.* *S. LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. *MÜLLER* ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. γ.

93) *L. 14. D. de infort. act. L. 6. Cod. familiae ercisc.* *WERNHER* Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 4.

94) *Arg. L. 17. §. 2.* verglichen mit *L. 3. §. 3. D. Commod.* *Thibaut* Syst. des P. R. 2. Th. §. 872. a. E.

§. 880.

Wenn findet die *actio exercitoria* nicht Statt? In wie fern wird der *Exercitor* aus unerlaubten Handlungen seines *magistri* verbindlich?

Die *actio exercitoria* fällt weg, I) wenn Jemand nicht mit einem *Schiffsfactor*, sondern mit andern *Schiffsleuten*⁹⁵⁾, oder II) nicht mit dem rechten *magister contractirt* hat⁹⁶⁾; oder zwar III) mit dem rechten *Schiffsverwalter*, aber ein solches Geschäft geschlossen hat, welches nicht zum Umfang seiner Geschäfte gehörte⁹⁷⁾. In diesen Fällen wird der *exercitor* anders nicht verbindlich, als wenn er entweder das Geschäft genehmigt⁹⁸⁾, oder es durch seine Schuld unmöglich gemacht hat, daß der dritte *Contractant* die Rechte des *Schiffsverwalters* nach ihrem Umfange wissen konnte, um sich bey Schließung des *Vertrags* auf nichts mehr einzulassen, als was der *Instruction* desselben gemäß war⁹⁹⁾. Denn rechtliche und politische Gründe machen es dem *exercitor* zur Pflicht, daß er nicht nur öffentlich bekannt mache, wem er die *Verwaltung* seines *Schiffs* anvertrauet habe, sondern auch auf den Fall, da er den angestellten *Schiffsverwalter* nicht alle die Rechte ausüben lassen will, die in der *Natur* des *Schiffsgewerbes* liegen, die ihm gegebene *Ordre* bekannt mache¹⁰⁰⁾.

IV)
Auch

95) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

96) *L. 1. §. 13. D. h. t.*

97) *L. 1. §. 12. D. eodem.*

98) *L. 60. D. de div. reg. iuris.*

99) *Ö. Franc. STYPMANN Ius maritim. Cap. XV. nr. 135 et 136.*

LAUTERBACH *Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6.*

100) *L. 11. §. 2. 3. 4. et 5. D. de inflit. act.*

Auch wegen unerlaubter Handlungen des magister, ist die actio exercitoria nicht begründet, ausser insofern er sie bey Ausübung seines Amtes beging²⁾. Denn der exercitor hat es sich hier selbst bezumessen, daß er einem untreuen Menschen das Schiff anvertraute. Zwar ist der exercitor aus den unerlaubten Handlungen seiner Leute unbedingt verantwortlich, wenn dadurch Jemanden in dem Schiffe Schaden geschehen ist³⁾; allein dann haftet er nicht mit der actio exercitoria, sondern aus dem Edict de nautis, cauponibus et stabulariis⁴⁾, wovon an einem andern Ort⁵⁾ gehandelt worden ist. Endlich V) wenn der magister navis Geld geborgt hat, so kommt es darauf an, ob er desselben zum Behuf der Schiffsangelegenheiten bedurfte, und auch ausdrücklich dazu aufgenommen hat, oder nicht. In dem letztern Falle hat der Gläubiger keine Klage

1) L. 1. §. 10. D. h. t. L. 5. §. 8. L. 11. §. 4. D. de instit. act. L. 5. §. 3. D. de doli mali et met. except. vort Comm. ad Pand. h. t. §. 7. LAYAN Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. Cor. 1. Ehibaut Syst. 2. D. §. 271.

2) L. 1. §. 2. D. h. t. Si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem: *quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sunt, datur actio in exercitorem.* Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi: siquidem, qui magistrum praeposit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, *sed culpa et dolo carere eos curare debet.* Add. L. 5. §. 6. D. de obligat. et act.

3) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. Anderer Meinung sind de COCCHEI iur. civ. contröv. Lib. XIV. Tit. 3. Qu. 4. und LAUTERBACH in colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. Tit. 4. §. 31.

4) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 245. ff.

5) Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

ge gegen den Exercitor, sondern er muß sich blos an seinen Schuldner halten. In dem ersten Falle hingegen ist die actio exercitoria begründet, wenn auch das Geld nicht zweckmäßig wäre verwendet worden. Denn darum bräuchte sich der Gläubiger nicht zu bekümmern¹⁾. Es muß nur 1) das Geld nämlich zur Beförderung einer solchen Angelegenheit dargeliehen seyn, welche zum Umfange seiner Geschäfte gehörte, z. B. zur Reparatur des Schiffs, oder zur Anschaffung der Lebensmittel für das Schiffsvolk. 2) Die Anleihe muß nöthig gewesen; und dann 3) dem magister nicht mehr Geld vorgeschossen worden seyn, als zur Bestreitung des nachgewiesenen Bedürfnisses wirklich erforderlich war²⁾. Damit sich aber auch der Gläubiger von dem allen selbst gehörig überzeugen könne, so muß 4) der Vorschuß an dem Orte geschehen, wo die Verwendung geschehen soll. Folgende Stellen sind hier sehr merkwürdig.

L. 1. §. 8. et 9. D. h. t. Quid, si mutuam pecuniam sumserit? an eius rei nomine videatur gestum? Et PEGASUS existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem: quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam instruendamve navem, vel nautas exhibendos

1) **S. LAUTERBACH** Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und **HOFACKER** Princip. iurjs civ. T. III. §. 1801. not. 2.

2) Diese Erfordernisse gehören zur Begründung der Klage, und müssen daher von dem Gläubiger bewiesen werden. **S. LEYSER** Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. medit. 3. et 4. Kann der Gläubiger jenen Beweis nicht führen, so bleibt ihm blos die actio de in rem verso übrig. **S. LEYSER** c. l. cor. 3.

dos mutuatus est? Unde quaerit OFILIUS, si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit. Quodsi ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, *quod ad navis causam accipit*, contra esse. Quam distinctionem PEDIUS probat.

L. 7. D. eodem. Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit, is pecuniam mutuatus, cavit, *se in refectionem navis eam accepisse*. Quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumptam? Respondit, creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat, et negotium domini gerat, (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse); ita illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus: quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse. Quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere *in solidum* adversus dominum navis actionem dari. §. 1. Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comperari

potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare?).

§. 881.

In wiefern kann der magister selbst belangt werden?

So lange der magister in seinem Amte bleibt, hat der Gläubiger die Wahl, ob er gegen den Exercitor mit der actio exercitoria, oder gegen den magister mit der actio ex contractu klagen will⁷⁾. Er kann jedoch gegen den letztern, wegen der von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, natürlich nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin klagen, daß er ihm von dem exercitor seine Bezahlung verschaffe⁸⁾. Nach niedergelegtem Amte hingegen hat eigentlich gar keine Klage gegen ihn weiter statt, wosfern er sich nicht etwa für seine Person durch Uebernahme einer Bürgschaft für seinen gewesenen Principal, oder durch Handeln in eigenem Namen, oder durch Ueberschreitung seines Auftrags, oder durch

7) Man vergleiche über diese Befehlsstellen besonders *Ulr. HUBERI* *Eunomia Rom.* pag. 550 et 553. sq. *Ant. FABER* hat hier, wie gewöhnlich, in *Rational. in Pand. ad L. 1. §. 9. D. h. t.* manche Tribonianismen zu entdecken vermeint.

8) *L. 1. §. 17. D. h. t.* *STRYK* *Ul. mod. Pand. h. t.* §. 18.

9) *L. 6. §. 1. D. de negot. gest. L. 43. §. 1. D. de adm. tutor. L. 15. Cod. eodem. L. 4. pr. D. de re iudic.* *E. LAUTERBACH* *Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIV. Tit. 3. §. 13. et 14.* *WALCH* *Controv. iur. civ. p. 679. §. 16.* *Mich. God. WERNHER* *Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. und Thibaut* *System des P. R. 2. Band §. 873.*

durch Begehung einer unerlaubten Handlung verpflichtet (10).

§. 882.

In wiefern steht dem exercitor aus dem geschlossenen Contract seines Schiffverwalters gegen den Dritten eine Klage zu?

Noch ist die Frage zu erörtern übrig, ob nicht auch umgekehrt der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract gegen den Dritten klagen könne, mit welchem das Geschäft geschlossen worden ist? Nach dem römischen Recht ist zu unterscheiden, ob der magister in der Gewalt des Exercitors ist, oder nicht. In dem erstern Falle kann der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract actione directa klagen (11). In dem letztern Falle hingegen kommt ihm gegen den Dritten nach der Strenge des Rechts eigentlich keine Klage zu, sondern er muß entweder actione locati, oder actione mandati gegen den magister klagen, je nachdem derselbe entweder für seine Dienstleistung einen Lohn erhält oder nicht (12). Nur im Nothfalle, da er vom magister keine Befriedigung erhalten kann, gestatten ihm die Gesetze eine actio

10) *L. ult. D. de infort. act.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. et 7. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. c. l. Eht. baut Syst. a. a. D.

11) *Princip. I per quas personas nobis obligatio acquirit.* §. 1. *l. de stipulat. servor.* L. 38. §. 17. *D. de verb. obligat.* L. 1. *D. de infort. act.* C. Franc. DUARENUS in Comm. ad. h. Tit. Cap. 2. in fin. pag. 970. Pet. MÜLLER ad *Struvium Exercitat.* XX. Th. 15. not. a.

12) *L. 1. §. 18. D. h. t.*

actio utilis ex contractu ²³). Will er außerdem klagen, so muß er sich die Klage von seinem magister cediren lassen ²⁴). Allein heut zu Tage kann der exercitor immer geradezu und unbedingt gegen den Dritten klagen, der mit dem magister contrahirt hat, weil die Ansichten des röm. Rechts, worauf die in den Gesetzen desselben vorgezeichneten Umwege sich gründen, in den deutschen Gerichten keinen Eingang gefunden haben ²⁵); und besonders nach heutigen Rechten Jemand auch durch einen Dritten ein Recht erwerben kann, ohne daß es deshalb weder einer förmlichen Cession, noch der Anwendung einer so genannten nützlichen Klage bedarf ²⁶).

13) *L. 1. in fin. L. 2. D. de in fit act.* MÜLLER ad Struwing c. 1. not. β. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 10. § 6. Nicht actio utilis exercitoria, wie LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. will.

14) *S. Thibaut System 1. Band. §. 874.*

15) Man sehe hier vorzüglich STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 19. und WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. p. §. 10.

16) *S. Webers syst. Entwid. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. 2. S. 376.*

Lib. XIV. Tit. II.

De lege Rhodia de nactu.

§. 883.

Geschichte und Inhalt der Lex Rhodia.

Im mittelländischen Meere, südwestlich gegen Asien, erhebt sich eine von den Cycladischen, oder eigentlich Sporadischen Inseln, berühmt durch ihren Kolossus, durch ihre Künste, ihr Seewesen und Handlung¹⁷⁾; aber noch berühmter durch das von ihr benannte Rhodische Gesetz, welches die Streitigkeiten des Seewesens entschied, und sich von jeher durch Billigkeit dergestalt empfohlen hatte, daß es, als denkmal der Weisheit, in das Gesetzbuch jeder zur See handelnden Nation des Alterthums überging¹⁸⁾. Mit den Bewohnern dieser Insel hatten

17) C. MEURSI Rhodus. STRABO *Rev. Geograph.* Lib. XIV. cap. 14. PLINIUS *Histor. nat.* Lib. XXXIV. cap. 7. CICERO *Orat. pro lege Manilia*, cap. 18.

18) G. Franc. DUARENT *Commentar. ad h. Tit. Pandectar. in Operib.* pag. 971. Jac. GOTHOFREDUS *de imperio maris, et de iure naufragi colligendi, Leggeque Rhodia.* *Genevae* 1654. rec. Helmstadii 1732. 4. Franc. BALDUINI *Commentar. ad Leg. Rhod.* *Basiliae* 1559. rec. in *Commentariis ad Leges de iure civili, cum praefat. Nic. Hier. GUNDLINGII.* *Halae* 1730. 8. pag. 137. 199. Franc. RAMOS del MANZANO *Analecta ad*

auch die Römer ein Freundschaftsbündniß errichtet. Daher nennt Gellius ¹⁹⁾ die civitas Rhodiensis eine amica et socia populi Romani, und nach den Zeugnissen des Cicero, Suetons, Plutarchs und Appians besuchte man nicht nur von Rom aus die Schulen zu Rhodus eben so häufig, wie die zu Athen ²⁰⁾; sondern mit Hülfe der Rhodischen Seemacht hatten auch die Römer mehrere

L. Rhodiam. *Madrid 1673. 4. Wölsf. Ad. LAUTERBACH* Diss. de aequitate et extensione Legis Rhodiae. *Tub. 1671. Nic. Christoph. LYNCKER* Diss. de Lege Rhodia de iactu. *Ienas 1679. Io. STRAUCH* Diss. ad L. 9. D. de L. Rhod. de iactu. in *Opuscul. a Car. Gottl. KNORRIO* edit. *Halae 1729. P. II. pag. 310. sqq. Arn. VINNIUS* ad *Peckium* de re nautica, leges navales et ius navale Rhodiorum. *Amst. 1668. Hub. van der HOOP* Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd. Batav. 1711. Corn. van HYNKERSHOEK* ad Legem Ἀἰλωσις de Lege Rhodia de iactu liber singul. *Hagae 1702. et in Opusc. cura Conradi* edit. *Pet. van der SCHELLING* Diatr. de Lege Rhodia de iactu. *Lugd. Batav. 1722. 8. Hieron. Matth. BARELS* Diss. de Lege Rhod. de iactu. *Lugd. Bat. 1756. 4. Theod. Ioh. PLEYER* Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd. Bat. 1784. 4. Franc. WOLFF* Disp. ad eand. Leg. *Ibidem 1785. 4. SCHOMBERG* Treatise on the maritime Laws of Rhodes. *Oxford. 1786. 8. Job. Andr. Engelbrecht* Corpus iuris nautici, oder Sammlung aller Seerechte der bekannten handelnden Nationen alter und neuer Zeiten. 1. Band. *Lübeck 1790. Nr. I. und Jul. Frid. MALBLANC* Diss. ad L. 2. D. de Lega Rhodia de iactu, cum observationibus quibusdam de proportione progressiva in distribuendis damnis bellicis. *Tubingae 1801. 4.*

19) *Noct. Atticar. Lib. VII. cap. 3.*

20) CICERO in *Bruto* cap. 90. erzählt von sich selbst, daß er den berühmten Rhetoriker Apollonius Rholo zu Rhodus gehört habe.

vere wichtige Siege zur See erfochten. Als nun dieselben nach dem ersten Punischen Kriege sich von der Nothwendigkeit des Seewesens, und den Vortheilen der Handlung zur See lebhaft überzeugt hatten, so nahmen sie auch das Seerecht der Rhodier auf. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Ausnahme schon zu den Zeiten des römischen Freystaats geschehen sey. Denn Servius Sulpicius, Nulus Ofilius, und Labeo werden in dem Titel der Pandecten, welcher von der Lex Rhodia handelt, als vorzügliche Ausleger dieses Gesetzes genannt ²¹⁾ Darf man einer alten Urkunde trauen, welche sich als Proömium vor der Sammlung der Rhodischen Seegesetze, so wie sie uns Simon Schard ²²⁾, Johann Löwenflau ²³⁾, und Arnold Vinnius ²⁴⁾, bekannt gemacht haben, befindet; so war der Kaiser Tiberius, nicht Augustus Nachfolger, sondern Tiberius Claudius der erste, welcher das Rhodische Seerecht in eine Sammlung bringen ließ, und solches förmlich bestätigte, da es vielleicht vorher nur als Gewohnheitsrecht galt ²⁵⁾. Nach der richtigern lateinischen Version, welche Godefroi ²⁶⁾ geliefert hat, lautet die gedachte Urkunde folgendermaßen.

Lex

21) *L. 2. pr. et §. 3. D. h. t. L. 4. pr. et §. 1. D. eodem. S. BALDUIN. cit. Commentar. pag. 139. edit. Halens. 10. Aug. BACH Historia iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. §. 97. und 10. Gottl. HEINECCI Histor. iuris civ. Lib. I. §. 296.*

22) *Leges Rhodiorum navales. Basilae 1561. 8.*

23) *Ioh. LEUNCLAUS Iur. Graeco Rom. cura Marq. FREHERI Francof. 1606. edit. Tom. II. pag. 265. sq.*

24) bey seinem Commentar. ad *Peckium de re nautica.*

25) *S. Iac. GOTHOFREDUS de imperio Maris. Cap. IX.*

26) *De imperio maris. Cap. 8.*

nen, lateinischen Version versehen. Eine neue richtigere Uebersetzung hat Godefroi²⁹⁾ geliefert, welche hier einen Platz verdient. *Libellus supplex* (αἴτισις, nicht deprecatio, wie es die vulgata übersezt hat) *Eudaemonis, Nicomediensis, ad Antoninum Imperatorem. Domine Imperator Antonine, cum naufragium fecissemus in Italia*³⁰⁾, *diripiti sumus a publicis servis* (ὀπὸ τῶν δημοσίων, welches unrichtig a publicanis übersezt wird³¹⁾) *eorum, qui Cycladas insulas incolunt. ANTONINUS Eudomini rescripsit. Ego quidem orbis dominus sum; sed tamen ius maris secundum legem Rhodiorum nauticam iudicetur*³²⁾ *in his, in quibus nulla nostrarum legum ei adversatur. Id ipsum vero et*
sacra-

29) Cit. Comment. Cap. 1.

30) Da Italien in einer sehr weiten Entfernung von den Epi-
 labischen Inseln liegt, so ist die Emendation des Godefroi
 de imp. maris. cap. 3. sehr wahrscheinlich, welcher, statt, *ἐν τῇ*
Ἰταλίᾳ, lieber *ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ*, sc. *θαλάσσι*, i. e. in Icaria
 mari, in welchem die Insel Icaria liegt, lesen will. Man sehe
 auch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Hug. GROTIJ Flō-
 rum sparsio ad ius Iustinian. ad h. L. pag. 156. edit. *Halenf.*
 1729. 8. Noch glücklicher ist jedoch die Emendation des Ger-
 NOODT Observat. Lib. I. cap. 13. welcher statt Italia vielmehr
Aethalia, eine Insel im Aegeischen Meere zwischen Samos
 und Lesbos, lesen will.

31) S. GOTHOFREDUS cit. Comment. cap. 4.

32) Ohne Sinn übersezt hier die Vulgata: *Ego quidem mundi*
dominus, Lex autem maris. Lege id Rhodia. quae de rebus
nauticis praescripta est, iudicetur. Νόμος τῆς θαλάσσης,
 heißt vielmehr ius, quod in mari obtinet. Das Unterschei-
 dungszeichen nach *θαλάσσις* ist daher mit Godefroi cit.
 Comm. cap. 6. et 7. wegzustreichen. Man sehe auch Ant.
 SCHULTING Thesum controversarum Dec. LI. Th. 9. und VOET
 Comm. ad Pandect. h. t. §. 1.

Sacratissimus Augustus ³³⁾ decrevit. Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß man die Seegesetze der Rhodier nicht ohne Auswahl aufgenommen hatte. Es werden daher in den Klassikern ³⁴⁾ hin und wieder manche Gesetze angeführt, welche bey den Römern nicht galten ³⁵⁾. Jetzt kennen wir nur noch eine der vorzüglichsten Entscheidungen als acht, welche das Kapitel vom Seewurf enthält. Dies ist auch nur das einzige Fragment, welches aus dem Rhodischen Seerecht in unsere Pandecten übergegangen ist. Es ist darin Folgendes verordnet. Wenn bey stürmischer See; zur Rettung des Schiffs, Güter und Waaren

33) Dieser *Sacratissimus Augustus* (ὁ Σεβαστάριος Ἀβυσσός) ist nicht der Kaiser Octavianus Augustus, wie viele glauben, sondern der Kaiser Marcus Antoninus, unter welchem *M d c i a n* lebte. S. GOTHOFREDI Commentar. cit. Cap. 6. Die letzten Worte der angeführten Stelle sind überhaupt hlos eine Bemerkung von *M d c i a n*.

34) CICERO *de invent.* Lib. II. cap. 32. *idam in Orator. Partition.* Cap. 34. STRABO *Lib. XIV.*

35) S. GUNDLING cit. Commentar. pag. 140. Mehrere wollen überhaupt behaupten, daß die Römer von den Rhodischen Gesetzen nichts, als das *caput de iactu*, aufgenommen hätten. Denn auch PAULUS in *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 7. wo er die *Lex Rhodia ex instituto* erklärt, redet überaß nur vom Seewurf. S. HEINÄCCII *Hist. juris* Lib. I. §. 296. Not. *. Allein die *L. 9. D. h. t.* beweist offenbar das Gegentheil; auch HARMENOPULUS in *Promtuariorum juris*, Lib. II. Tit. 11. princ. sagt: *Nautica omnia et quaecumque in mari controversae incidunt, lege Rhodia deciduntur, et ex praescripto Legum Rhodiarum disceptantur, ac iudicantur, ubicumque lex aliqua non extiterit, quae Rhodiis adversetur. Sunt enim nauticarum omnium legum Rhodiae vetustissimae.*

ren über Bord geworfen werden mußten; so sollen die Eigenthümer, welche das Ihrige zur Rettung der übrigen im Schiff befindlichen Sachen aufgeopfert haben, von dem Eigenthümern der letztern nach Maassgabe und Verhältniß ihres dadurch geretteten Eigenthums entschädiget werden. Paulus sagt *L. 1. D. h. t. Lege Rhodia cavetur, ut si levandas navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributionis farciatur, quod pro omnibus datum est.*

§. 884.

Grund der Verbindlichkeit zur Entschädigung vermöge des Rhodischen Gesetzes.

Das Rhodische Gesetz vom Seewurf geht von dem Grundsatz aus, es sey billig, daß einzelnen der Schade vergütet werde, den sie dadurch erlitten haben, daß sie bey einer mehreren zugleich drohenden Gefahr ihr Eigenthum für Andere aufopfert, wenn diesen dadurch das Ihrige gerettet und erhalten worden ist. Paulus giebt diesen Grund selbst an, wenn er *L. 2. pr. in fin. D. h. t.* sagt: *Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui, propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.* Denn offenbar würden sich diejenigen, deren Güter gerettet worden sind, mit dem Schaden derjenigen bereichern, welche das Ihrige verloren haben. Die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche das Rhodische Gesetz ausspricht, ist also eine unmittelbare, weil kein besonderes *factum obligatorium* desjenigen, der hier verpflichtet wird, vorausgegangen ist, welches den nächsten Grund derselben enthält, sondern dieser Grund vielmehr hier in der Vorschrift des Gesetzes selbst

selbst liegt³⁵⁾. Immer setzt aber diese Verbindlichkeit voraus, daß durch den Seewurf die Sachen der übrigen wirklich erhalten worden sind. Mit Rechte sagt daher Voet³⁷⁾: *non ex iactu, sed ex subsequuta ad iactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de iactu actio esset.* Soll also eine Verbindlichkeit zur Vergütung des durch einen Seewurf erlittenen Schadens Statt finden; so ist nicht genug, daß ein iactus geschehen ist, sondern es wird vielmehr zur Begründung derselben erfordert, 1) daß das Schiff in Gefahr gewesen seyn müsse, zu scheitern und unterzugehen³⁸⁾. 2) Die Gefahr muß zufällig z. B. durch Sturm entstanden seyn³⁹⁾. 3) Der Seewurf muß nach dem Urtheile der Verständigen notwendig gewesen seyn⁴⁰⁾. 4) Die über Bord geworfenen Güter müssen wirklich verloren worden, und dadurch den Eigenthümern derselben ein Schaden entstanden seyn⁴¹⁾; und 5) das Schiff und die übrigen Waaren auf demselben müssen durch den Seewurf gerettet worden seyn⁴²⁾. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung weg.

§. 885.

36) G. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 501. und WEBER'S syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 32.

37) G. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

38) L. 2. pr. D. h. t.

39) L. 2. §. 2. D. eod.

40) L. 2. §. 1. D. eodem. L. 5. pr. D. eodem.

41) L. 2. §. 7. L. 4. in fin. D. h. t.

42) L. 5. pr. D. eodem.

§. 885.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung fällt weg. 1) wenn keine gemeine Gefahr vorhanden war.

Es muß also 1) eine nahe und gemeine Gefahr vorhanden gewesen seyn, welche es nothwendig machte, zur Erleichterung des Schiffs einen Theil der Ladung über Bord zu werffen. Diese wird rechtlich angenommen, wenn alle auf dem Schiffe in den Seewurf willigten. Ist dieses nicht der Fall, so kommt es, ohne Rücksicht des Orts, das Schiff befinde sich noch auf der hohen See, oder habe schon den Hafen erreicht, hauptsächlich auf das Urtheil der Seereisenden an ⁴³⁾. Wenn nun nach dem Urtheile des Seeschiffers und des größten Theils der Seeleute auf dem Schiff die Gefahr wirklich so groß ist, daß ohne Erleichterung des Schiffs der Untergang desselben nicht wohl abgewendet werden kann, so wird der Seewurf für nothwendig gehalten, und er kann geschehen, wenn gleich die Eigentümer der Schiffsgüter nicht darein willigen sollten. Es müssen jedoch, wenn nachher die Contribution zur Sprache kommt, diejenigen, auf deren Beschluß der Seewurf geschehe, noch durch ihren Eid bekräftigen, daß dieser wirklich aus Noth geschehen sey ⁴⁴⁾. Hieraus folge 1) daß wenn durch die Schuld einer Person, oder durch Unvorsichtigkeit des Seeschiffers, welcher z. B. das Schiff

zu

43) S. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

44) MUREA Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Van der SCHELLING cit. Diatriba Cap. 6. §. 3. et 4. Io. LOCCENIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 7. §. 2. et 3. und Iust. Ge. SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus. Cap. 21. §. 6.

zu schwer befrachtet hat, die Gefahr veranlaßt wurde, die Beschädigten sich eigentlich bloß an denjenigen halten können, durch dessen Schuld der Schaden geschehen ist⁴⁵⁾; oder, welcher wenigstens desselben Culpa zu vertreten hat, wie z. B. der exercitor, wenn der magister navis in Dienst sachen etwas versieht. Sollten sie jedoch von diesen keine Entschädigung erhalten, so kann ihnen der Regreß gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen aus dem Rhodischen Gesetz wenigstens jetzt nicht versagt werden⁴⁶⁾. 2) Sind Waaren ohne Noth von einigen Passagieren bloß aus eitler Furcht über Bord geworfen worden, so waren es entweder ihre eigenen Sachen, und dann fällt alles Klagerrecht weg; oder es waren fremde Güter, und dann können die Eigenthümer gegen die Urheber dieses Schadens mit der actio legis Aquiliae oder in factum klagen, ja wenn das Auswerfen bloß unter dem Vorwand einer vorhandenen Gefahr in der Absicht geschehen wäre, um ihre Sachen für einen desto höhern Preis zu verkaufen, oder sonst die Eigenthümer der ausgeworfenen Sachen in Schaden zu bringen, so findet auch die actio doli statt⁴⁷⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß beym Auswerfen mit den-

jenti

45) Arg. L. 27. §. 23. D. ad Leg. Aquil. L. 30. §. 2. D. Locati. KUBER Praelect. h. t. §. 8. und Franz. Ludw. von CANCER in Abhandlungen vom Wasserrechte 4. Band 15. Abh. §. 43.

46) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und EHLBART System des Pandectenrechts 2. Th. §. 983.

47) L. 14. pr. D. de praescrip. verb. S. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LII. Th. 1. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1995.

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

§. 885.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung fällt weg. 1) wenn keine gemeine Gefahr vorhanden war.

Es muß also 1) eine nahe und gemeine Gefahr vorhanden gewesen seyn, welche es nothwendig machte, zur Erleichterung des Schiffs einen Theil der Ladung über Bord zu werffen. Diese wird rechtl. angenommen, wenn alle auf dem Schiffe in den Seewurf willigten. Ist dieses nicht der Fall, so kommt es, ohne Rücksicht des Orts, das Schiff befinde sich noch auf der hohen See, oder habe schon den Hafen erreicht, hauptsächlich auf das Urtheil der Seefahrten an ⁴³). Wenn nun nach dem Urtheile des Seeschiffers und des größten Theils der Seeleute auf dem Schiff die Gefahr wirklich so groß ist, daß ohne Erleichterung des Schiffs der Untergang desselben nicht wohl abgewendet werden kann, so wird der Seewurf für nothwendig gehalten, und er kann geschehen, wenn gleich die Eigenthümer der Schiffsgüter nicht daren willigen sollten. Es müssen jedoch, wenn nachher die Contribution zur Sprache kommt, diejenigen, auf deren Beschluß der Seewurf geschah, noch durch ihren Eid bekräftigen, daß dieser wirklich aus Noth geschehen sey ⁴⁴). Hieraus folgt 1) daß wenn durch die Schuld einer Person, oder durch Unvorsichtigkeit des Seeschiffers, welcher z. B. das Schiff

zu

43) S. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

44) RUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Van der SCHELLING cit. Diatriba Cap. 6. §. 3. et 4. Io. LOCCEMIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 7. §. 2. et 3. und Inst. Ge. SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus. Cap. 21. §. 6.

zu schwer befrachtet hat, die Gefahr veranlaßt wurde, die Beschädigten sich eigentlich bloß an denjenigen halten können, durch dessen Schuld der Schaden geschehen ist⁴⁵⁾; oder, welcher wenigstens desselben Culpa zu vertreten hat, wie z. B. der exercitor, wenn der magister navis in Dienst sachen etwas versieht. Sollten sie jedoch von diesen keine Entschädigung erhalten, so kann ihnen der Regreß gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen aus dem Rhodischen Gesetz wenigstens jetzt nicht versagt werden⁴⁶⁾. 2) Sind Waaren ohne Noth von einigen Passagieren bloß aus eitler Furcht über Bord geworfen worden, so waren es entweder ihre eigenen Sachen, und dann fällt alles Klagerrecht weg; oder es waren fremde Güter, und dann können die Eigenthümer gegen die Urheber dieses Schadens mit der actio legis Aquiliae oder in factum klagen, ja wenn das Auswerfen bloß unter dem Vorwand einer vorhandenen Gefahr in der Absicht geschehen wäre, um ihre Sachen für einen desto höhern Preis zu verkaufen, oder sonst die Eigenthümer der ausgeworfenen Sachen in Schaden zu bringen, so findet auch die actio doli statt⁴⁷⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß beym Auswerfen mit dem jeni

45) Arg. L. 27. §. 23. D. ad Leg. Aquil. L. 30. §. 2. D. Locati. KUBER Praelect. h. t. §. 8. und Franz. Ludw. von Cancr in Abhandlungen vom Wasserrechte 4. Band 15. Abh. §. 43.

46) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Ebt. b a u t System des Pandectenrechts 2. Th. §. 983.

47) L. 14. pr. D. de praescrips. verb. S. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LII. Th. 1. und HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1995.

Blüch's Erläut. d. Pand. 14. Th.

jenigen Gütern der Anfang zu machen sey, welche das Schiff am meisten belästigen, und doch von dem geringsten Werthe sind ⁴⁸⁾). Auch müssen die Eigenthümer an- geben, was in den Fässern und Kisten ist, und alles von dem Schiffschreiber genau verzeichnen lassen ⁴⁹⁾); sonst werden die ausgeworfenen Güter blos nach dem äusserlichen Anschein oder nach der in dem Frachtbriebe (Connoissement) gegebenen Angabe geschätzt ⁵⁰⁾). Ob übrigens wirkliche Kaufmannsgüter, oder auch nur Sachen, die zur Schifferüstung und Armatur gehören, über Bord geworfen worden, ist gleichviel, wenn es nur zur Erleichterung und Rettung des Schiffs geschähe ⁵¹⁾).

§. 886.

2) Wenn kein Schaden geschehen ist.

Zur Begründung der Verbindlichkeit, von welcher das Rhodische Gesetz redet, wird ferner II) erfordert, daß durch den Seewurf wirklich ein Schaden geschehen sey ⁵²⁾ Haben also die Eigenthümer der über Bord geworfenen Sachen das Ihrige in Natur wieder bekommen, so fällt die

48) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 7. HUBER cit. loc. §. 2. WOLFF Diff. ad L. Rhod. §. 3. WEDDERKOPF Introd. in ius nautic. Lib. IV. Tit. 1. §. 12.

49) Joh. Jul. Surland Grundf. des Europ. Seerechts §. 83. von Cancrini Abhandl. von dem Wasserrechte Abh. XV. §. 43.

50) HUBER Praelect. h. t. §. 2. van der SCHELLING Diatr. cit. Cap. IX. §. 5. nr. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLX. Corol. 3.

51) L. 3. L. 5. §. 1. D. h. t.

52) L. 4. in fin. D. h. t.

die Verbindlichkeit der Entschädigung von Seiten der übrigen weg⁵³⁾. Denn was entweder durch Taucher wieder aus der See gezogen, oder am Gestade aufgefunden worden ist, muß den Eigenthümern restituirt werden, weil man solche Sachen nicht für verelinquirt halten kann, welche bloß, um das Schiff zu erleichtern, und von einem drohenden Untergange zu retten, über Bord geworfen worden sind⁵⁴⁾. Paulus sagt *L. 2. §. ult. D. h. t.* ausdrücklich: *Res autem iacta domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur.* Und hiermit stimmt auch Julian überein, wenn er diesen Satz *L. 8. D. h. t.* auf folgende Art erläutert: *Qui levandae navis gratia res aliquas proiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant; quippe si invenerint eas, ablaturas, et, si suspicati fuerint, in quem locum eiectae, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reversurus, ut eandem auferet.* Niemand darf sich daher an solchen Gütern vergreifen, ohne sich eines Diebstahls schuldig zu machen⁵⁵⁾; auch selbst der Flakus

D 2

hat

53) *L. 2. §. 7. D. h. t.* *Si res, quas iactae sunt, apparuerint, exoneratur collatio.*

54) Daher findet an solchen Sachen, welche über Bord geworfen worden sind, auch keine Usucapion statt. *L. 7. D. pro derelicto. L. 21. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

55) §. ult. 1. *de rerum divis.* *L. 4. D. de incend. ruina, naufragio etc. L. 18. C. de furt. Ian. a costa ad §. ult. 1. de rer. divis. pag. 183.* Diesem ist *L. 43. §. 11. D. de furtis* nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, da eine Sache ins Meer geworfen worden ist, von welcher gewiß war, daß sie sogleich zu Grunde gehen und verderben mußte.
Hier

hat daran keinen Anspruch mehr⁵⁶⁾. *Kr. Constantin*⁵⁷⁾ verordnet ausdrücklich *L. 1. Cod. de naufragiis*: Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit⁵⁸⁾, ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur? Noch nachdrücklicher und unter Androhung von Strafen wiederholt dieses *Kr. Friedrich II. in der Auth. Navigia. Cod. de furtis*, in welcher es heißt: Navigia quocunque locorum pervenerint, si quo casu contingente rupta fuerint, vel alias ad terram pervenerint, tam ipsa navigia, quam navigantium bona illis integra reserventur, ad quos spectabant, antequam navigia huiusmodi periculum incur-

Hier ist freylich animus derelinquendi rechtlich anzunehmen *S. de coccei iur. civ. controy h. t. §. 6.* und Höpffner im Commentar über die Institutionen §. 306. Dies hat noch weniger Zweifel, wenn die Sache, außer dem Fall der Noth freywillig ins Meer geworffen wird, wie VINNIUS in Comment. ad §. ult. l. de rer. divis. nr. 1. und EMMINGHAUS ad Coccejum cit. loc. not. k. diese Stelle erklären.

56) *S. Theod. PAULI Diss. de bonis naufragorum fisci et privatorum acquisitionem effugientibus. Regiom. 1689.*

57) So nach der Inscription. Allein SALMASIUS de modo Usurarum cap. 5. hält richtiger den *Kr. Antonin* für den Urheber dieser vortheilhaften Constitution. Denn in dem Theodosianischen Eodex findet sich dieselbe in dem Titel *de naufragiis* nicht. Auch HALOANDER liest statt *Constantinus Imp. ANTONINUS.*

58) Statt *aliquam terram attigerit*, liest SALMASIUS c. l. *religiosa terram attigerint*, welche Lesart auch VINNIUS in Comm. ad §. ult. l. de rerum divis. in fin. billiget.

currissent: sublata penitus omnium locorum consuetudine, quae huic adversatur sanctioni: nisi talia sint navigia, quae piraticam exerceant pravitatem, aut sint nobis, sive christiano nomini inimica. Transgressores autem huius nostrae constitutionis bonorum suorum publicatione multentur: et si res exegerit, eorum audacia juxta mandatum nostrum modis aliis compescatur. Bey den alten Deutschen herrschte zwar ehemals die höchst unbillige, gesunde Vernunft und Menschenrecht beleidigende Gewohnheit, vermöge welcher die durch Schiffsbruch verunglückten Personen und Sachen, welche an das Gestade waren getrieben worden, ein Eigenthum desjenigen wurden, welcher die Jurisdiction über das Ufer ausübte. Man sagte im Sprichwort: der Schiffer kann Leib und Gut verfahren, wenn er Schiffsbruch leidet, und nannte dieses barbarische Recht das Strandrecht⁵⁹⁾. Allein dieses Recht ist als eine böse und unvernünftige Gewohnheit durch Reichsgesetze⁶⁰⁾ schon längst aufgehoben worden. Ausgeworfene und gestrandete Sachen müssen also jetzt von den Findern an die deshalb angeordneten Berggehäuser abgeliefert werden,

aus

39) S. SCHOTTEL de singularib. quibusdam et antiquis in Germania iurib. Cap. 20. Ioach. KÄEMFFER Diss. de iure appulsus. Ienae 1680. Lac. SCHUBACK Diss. de iure littoris, vom Strandrechte. Goett. 1750. RIJSD. Commentar. de iure littoris. Hamb. 1751. 4. Ins Deutsche übersetzt durch Joh. Ehrst. Breitich. 1. Th. Hamburg 1767. 2. Th. Eben daselbst 1781. 4.

60) Peinl. Gerichts-Ordn. Carl's V. Art. 218. Reichs-Utisch. vom J. 1559. S. 35. REINHARTH Select. Observationes ad-Christinasi Decision. Vol. V. Obl. 8.

aus welchen sie der wahre Eigenthümer gegen Erlegung eines Bergegeldes (Servaticium) zurückerhält ⁶¹⁾. Sindet sich dann kein Eigenthümer, so kann sie der Fiskus zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten verkaufen. Dieß nennt man das Strandrecht im heutigen Sinn ⁶²⁾. Durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten wurde übrigens die Lex Rhodia noch auf folgende Fälle angewendet; 1) wenn zur Erleichterung des Schiffs ein Theil der Ladung in ein Boot gebracht worden, dieses aber gesunken ist. Ein solcher Verlust wird einem Seewurf gleichgeachtet, gesetzt auch, daß der Schade erst bey der Einfarth in den Hafen geschehen wäre. Callistratus war dieser Meinung, wie aus *L. 4. pr. D. h. t.* erhellet, wo er sagt; *Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham trajectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha submersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his, qui in scapha perdidierunt, perinde tanquam si iactura facta esset.* Idque SABINUS quoque libro 2. *Responso- rum* probat ⁶³⁾. 2) Wenn Sachen zwar nicht über Bord geworffen, allein durch das Auswerffen anderer, und dadurch

verur-

61) *Io. Sam. Frid. BOEHMERI Diss. de servaticio, quod vulgo Bergegeld vocant. Halae 1743.*

62) *S. Franz. Ludw. von Cancr in Abhandl. vom Strandrechte. In Desselben Abhandlungen von dem Wasserrechte. 3. Band. 13. Abhandl. §. 5. ff. S. 103 ff.*

63) *S. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 329. u. Ant. SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 6.*

verursachte Besprizen mit Seewasser verderbt worden sind. Der Grund ist hier der nämliche: Quid enim interest, sagt Callistratus *L. cit. 4. §. ult. D. eodem*, jactatas ⁶⁴⁾ res meas amiserim, an nudatas ⁶⁵⁾ deteriores habere coeperim? Nam sicut ei, qui perdidit, subvenitur: ita et ei subveniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere coeperit. Haec ita PAPIRIUS FRONTO respondit. 3) Wenn Jemand ein von den Seeräubern weggenommenes Schiff mit seinem Gelde loskauft. Hier müssen alle zum Erlaß des Lösegeldes verhältnißmäßig beytragen. Dieß gilt aber nur, wenn das ganze Schiff ist ranzionirt worden. Denn haben die Seeräuber blos das Schiff geplündert, so trägt den Schaden Niemand, als der Eigenthümer. Paulus sagt *L. 2. §. 3. D. h. t.* Si navis a piratis redempta sit, SERVIUS, OFILIUS, LABEO, omnes conferre debere, aiunt. Quod vero praedones abstulerint, eum perdere, cuius fuerint: nec conferendum ei, qui suas merces redemerit,

§. 887.

3) Wenn das Schiff dennoch unterging.

Es müssen ferner III. das Schiff und die übrigen Sachen auf demselben durch den Seewurf wirklich gerettet

64) Statt *iactatas* liest Baudouin *iactas*, womit auch unser Er-langer Codex übereinstimmt.

65) Baudouin liest hier *in nudatas*. Diese Lesart hält POTHEA in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. VI. not. h. et k. für bes-ser. Allein Franc. DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. und Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. haben ge-zeigt, daß auch mit Beybehaltung der florentinischen Lesart ein richtiger Sinn herauskomme.

tet worden seyn, wenn eine Verbindlichkeit zur Contribution statt haben soll. Diese Verbindlichkeit fällt daher weg, wenn das Schiff dennoch gescheitert ist, gesetzt auch, es wäre ein Theil der Ladung aus dem Schiffbruch geborgen worden. Es können z. B. Sachen durch ein Boot gerettet, oder durch Taucher aus der See gezogen worden seyn. Hier sind die Eigenthümer derselben nicht verbunden, etwas zur Entschädigung derjenigen beizutragen, die das Ihrige durch den Seewurf verloren haben, weil das Schiff dadurch nicht gerettet worden ist. Was also jeder aus dem Schiffbruche noch gerettet hat, ist eben so anzusehen, als wenn es bey einem plötzlich ausgebrochenen Brande aus dem Feuer gerettet worden wäre. Ein anders wäre, wenn das Schiff einmal durch Aufopferung eines Theils der Ladung wirklich aus einer drohenden Gefahr gerettet worden, hierauf aber bey einem zweyten Unglücksfall gescheitert wäre, jedoch an einem solchen Orte, wo es noch möglich war, einen Theil der Güter aus dem Schiffbruche zu retten⁶⁶⁾. Hier müssen sich die Eigenthümer der geretteten Sachen mit den Eigenthümern der über Bord geworfenen Güter billig ausgleichen. Es gehören hierher folgende Befeststellen.

L. 4. pr. D. h. t. Si scapha cum parte mercium salva est, navis perit, ratio haberi non debet eorum, qui in navi perdidierunt: quia iactus in tributum, *na-ve salva, venit.*

§. 1. *eiusd. L. 4.* Sed si navis, quae in tempestate, iactu mercium unius mercatoris, levata est, in alio loco submersa est, et aliquorum mercatorum mer-

ces

66) *S. VOET COMM. ad Pand. h. t. §. 9.*

ces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levandae navis causa iactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt; SABINUS aequae respondit. Eorum vero, qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, si quaedam ex his mercibus per urinatores extractae sunt ⁶⁷⁾: eorum enim merces non possunt videri servandae navis causa iactae esse, quae perit.

L. 5. D. eodem. Amissae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, cum iactus remedio ceteris in communi periculo, salva navi, consultum est ⁶⁸⁾.

L. 7. D. eodem. Cum depressa navis aut dejecta esset, quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tanquam ex incendio.

Hat das Schiff oder die Schiffsrüstung durch Sturm gestolten, die Ladung ist aber ohne Seewurf geborgen worden, so kann der Schiffsherr eben so wenig einen Beytrag zur Schadenshaltung fordern, als ein Handwerker, der über der Arbeit sein

67) Ganz ohne Grund will hier Ant. FABER in Rational. in Pand. ad h. L. statt *extractae* non *extractae* gelesen wissen. Daß die gemeine Lesart richtig sey, zeigen Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. LII. Th. 5. POTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. VII. not. 1. et m. und ZEMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 2. not. c. Tom. II. pag. 268.

68) Man sehe über diese Stelle Ger. NOODT ad h. Tit. p. 331. und besonders Ios. VINESTAS Hermogenian. Lib. II. p. 437. iqq.

sein Handwerkszeug zerbricht; es wäre denn, daß es ihm von den Befrachtern ausdrücklich versprochen worden, oder daß das Schiff auf Verlangen derselben, und aus Furcht, daß es scheitern möchte, seiner Masten und Rüstung wäre entlediget worden. Dann muß ihm billig der Schade ersetzt werden, wie folgende Gesetzesstellen beweisen.

L. 2. §. 1. D. h. t. Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit ⁶⁹⁾ nulla facienda est collatio: quia dissimilis ⁷⁰⁾ earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei, qui locaverit opus; sed si voluntate vectorum vel ⁷¹⁾ propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet,

L. 6.

69) *D. l. si quaedam armamenta amiserit, E. Ger. NOODT* Comm. ad Pand. h. t. pag. 329.

70) *CUJACIUS* Observation. Lib. XXIII. cap. 35. liest statt dissimilis, *similis*. *ROTHIER* in Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. b. will *non dissimilis* lesen. *Ger. NOODT* hingegen meint in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. es lasse sich diese Stelle auch ohne Emendation erklären; allein seine Erklärung ist gezwungen.

71) *CUJACIUS* Observation. Lib. XXIII. cap. 35. glaubt, daß *vel* sey wegzustreichen. Ihm stimmt auch *ROTHIER* in Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. c. bey. Allein *vel* heißt hier soviel als *veluti* oder *pura*, wie *NOODT* in Comment. ad Dig. h. t. p. 330. aus mehreren Stellen sowohl der römischen Klassiker als des *corpus iuris* gezeigt hat. *Ruffard* bemerkt in seiner Ausgabe des *corpus iuris*, daß in einigen Handschriften auch wirklich *veluti* gelesen werde.

L. 6. D. eodem. Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, et arbore et antenna, Hipponem delata est, ibique tumultuariis armamentis ad praesens comparatis, Ostiam navigavit, et onus integrum pertulit. Quaesitum est, an hi, quorum onus fuit, nautae pro damno conferre debeant? Respondit, non debere: hic enim sumtus instruendae magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est.

§. 888.

Regeln bey der Berechnung und Vergütung des Schadens nach der Lex Rhodia.

Sind nun die angegebenen Erfordernisse in einem vorkommenden Falle wirklich vorhanden, so können diejenigen, welche durch Aufopferung ihrer Sachen die im Schiffe befindlichen Sachen Anderer gerettet haben, eine verhältnismäßige Entschädigung fordern. Diese Verbindlichkeit liegt jedoch den Eigenthümern der geretteten Sachen nur pro rata ob, wäre daher einer von denselben insolvent geworden, z. B. die ihm gehörigen Sachen sind einem Andern verpfändet, oder nachher durch Feuer, oder Seeräub verlohren gegangen, so brauchen die übrigen für ihn nicht zu haften⁷²⁾. Auch sind diejenigen von der Contribution frey, welche die ihnen geretteten Sachen vereliquirt, oder sie dem

Vora

72) *L. 2. §. 6. D. h. t. S. de cocceji iur-civ. contrav. h. t. Qu. 4. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. und Thibaut System des Pandect. R. 2. B. §. 984. Anderer Meinung ist MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 502.*

Vorsteher des Schiffs für die Fracht überlassen haben⁷³⁾. Die Berechnung des Beytrags zur Entschädigung derer, welche das Ihrige durch den Seewurf verlohren haben, oder sonst dadurch beschädiget worden sind, geschieht in dem nächsten Hasen, und wird daher *Haverey*⁷⁴⁾ ge-
nennt, obwohl diese Benennung von anderen⁷⁵⁾ vielmehr von dem Worte *Habe* hergeleitet werden will, worunter das Schiffsgut verstanden wird, so wie man auch sonst in dem deutschen Redegebrauche *Habe* und *Gut* zu sagen pflegt. Man nennt die *Haverey*, von welcher hier die Rede ist, die große (*havaria magna* seu *grossa*), zum Unterschied der gemeinen, oder ordinären *Haverey*, (*havaria communis*) welche in einem bloßen Beytrage derjenigen Unkosten besteht, die, ausser dem Fall eines Seewurfs und der Gefahr des Schiffsbruchs, blos zur Beförderung der Seereise, und zum gemeinen Nutzen der Waaren auf dem Schiffe erfordert wurden, und daher auch nur von den Eigenthümern derselben, ohne Beziehung des Schiffsherrn, verhältnißmäßig zu entrichten sind. Zu dieser gemeinen *Haverey* rechnet man das Anker, Lootsen und Grundgeld, ferner das Convoy, Pfäl, Brücken, und ordi-

73) C. MÜLLER ad *Struuii* Synt. iuris civ. Exercit. XX. Th. 18. not. 7. Nr. III.

74) C. *Iust. Ge.* SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus Cap. XXI. §. 2. et 3. *Met. h. Fried. von Sahlwe* Einleitung zum Seerecht des Königreichs Preußen. Tit. 10. §. 1. und *Franz Ludw. von Canerin* Abhandlungen vom Wasserrechte. 4. Band 9. Tit. C. 59. ff.

75) C. *Ioh. SCHILTER* Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 28. *Iust. Henr. BOEHMER* Disput. de discrimine tempestatis maritimae Cap. II. §. 22.

ordinaire. Quantalnagelb⁷⁶⁾. Die große Haverey, hingegen geht über Schiff und Gut⁷⁷⁾. Nur die zur Consumtion der Schiffsleute, und der auf dem Schiffe sich befindenden Passagiere bestimmten Eß- und Trinkwaaren, sie mögen das Eigenthum der letztern seyn, oder nicht⁷⁸⁾; dergleichen die freien Menschen auf dem Schiffe⁷⁹⁾, so wie jetzt auch die täglichen Kleider, welche sie auf dem selbe tragen⁸⁰⁾, sind bey der Contribution außer Anschlag zu lassen. Jedoch gestattet man nach dem heutigen Gerichtsgebrauche auch demjenigen, welcher mit Aufopferung seiner Gesundheit Sa-

chen

76) **S. VOET** Comment. ad Pand. h. t. §. 2. *Io. WEDDERKOPF* Ius naut. Lib. IV. Tit. 1. und *Io. Heinr. FRIGER* Diss. de ha-variarum discrimine inprimis ex Legibus Germ. septentrionalis. Kilonii 1773.

77) **S. SCHOTTEL** cit. loc. §. 18. **S. 411.**

78) *L. 2. §. 2. D. h. t.* — nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. **S. Hug. GROTIUS** de iure belli ac pacis Lib. II. cap. 2. §. 6. *Pet. van der SCHELLING* Distr. de L. Rhod. Cap. IX. §. V nr. 5. und **MALBLANC** Diss. ad L. 2. §. 2. D. de L. Rhod. de iactu. §. 7.

79) *L. 2. §. 2. D. h. t.* Corporum liberorum aestimatio nulla fieri potest.

80) **VOET** Commentar. ad Pand. h. t. §. 14. In der *L. 2. §. 2. D. cit.* heißt es zwar ausdrücklich: *Vestimentorum cuiusque aestimationem fieri oportere, visum est.* Allein die heutige Praxis nimmt die vestes quotidianae, quibus induti sunt navigantes, aus. **S. LOCCENIUS** de iure maritimo Lib. II. cap. 8. §. 21. und *Pet. van der SCHELLING* in Diar. de Lege Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 4. pag. 32.

chen rettete, Ansprüche auf Entschädigung⁸¹⁾. Es müssen nun hiernächst I. alle contribuiren, denen daran gelegen war, daß der Seewurff geschähe⁸²⁾; also nicht nur diejenigen, deren Waaren und Sachen dadurch gerettet worden sind, der Schiffsherr, wie die Befrachter des Schiffes, sondern auch selbst die Eigenthümer der über Bord geworffenen Güter. Denn auch ihnen mußte ja an dem Seewurff gelegen seyn, weil sie sonst Alles verlohren hätten. Da sie nun durch die Contribution das verlohrene Gut wieder ersetzt bekommen, so können sie ja der Billigkeit nach nicht den ganzen Ersatz fordern, sondern sie müssen sich natürlich ihren Beitrag abrechnen lassen. Wie Recht sagt daher Voet⁸³⁾: *Parro et ipse mercium iactarum dominus oneri contributionis exemptus non est, quippe tui pro rata tanto minus tribuendum, quantum caeteris per contributionem decedit; vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius*

81) S. SCHÖTTEL cit. loc. §. 16. I. H. BOEHMER Diff. de discrim. tempest. marit. Cap. II. §. 24. SCHELLING cit. loc. §. V. nr. 4. pag. 31. und Thibaut Syst. §. 984.

82) L. 2. §. 2. D. h. t. *Placuit, omnes, quorum interfuisse idcirco fieri, confert oportere, quia id tributum observatae res (nach Daubozza observatas res) deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse.*

83) Comment. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung ist zwar Ant. MATTHAEUS in Disputat. de Lege Rhodia Th. 16. Allein Boet a. a. O. hat die Gründe desselben geprüft, und hinlänglich widerlegt. Man sehe auch Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. VIII. §. 2. Ant. SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 4.

plius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum iactae merces aureis centum aestimatae sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quae de mercibus per aquae asperionem occasione iactus corruptis ac depretiatis *L. 4. §. 2. D. h. t.* sancita sunt. Sind Sachen durch den Seewurf zwar erhalten, aber doch durch das Besprühen von Seewasser beschädigt worden, so kommt es darauf an, ob der Schaden den Werth ihres Beytrags übersteigt, oder nicht. Im ersten Falle dürfen die Eigenthümer derselben nichts weiter contribuiren, wohl aber im letztern Fall, jedoch rechnen sie den erlittenen Schaden ab. *L. 4. §. 2. D. h. t.* sagt hierüber folgendes: Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae in navi remanserunt, deteriores factae sunt, videndum, an conferre cogendus sit: quia non debet duplici damno onerari, et collationis, et quod res deteriores factae sunt? Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio praesentium rerum. Itaque verbi gratia si vicenum merces duorum fuerunt, et alterius aspergine decem esse coeperunt, ille, cuius res integrae sunt; pro viginti conferat, hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, deteriores ex qua causa factae sunt: id est, utrum propter iacta nudatis rebus damnum secutum est, an vero alia ex causa, veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, et unda penetravit; tunc enim conferre debet. An ex prioris causa collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc laesit. Adhuc numquid et si aspergine propter iactum res deteriores factae sunt. Sed distinctio subtilior admittenda est, quid plus sit, in
dam-

damno, an in collatione. Si verbi gratia hae res viginti fuerunt, et collatio quidem facit decem, damnum autem duo: deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat. Quid ergo, si plus in damno erit, quam in collatione? Utpote decem aureis res deteriores factae sunt: duo autem collationis sunt? Indubitate utrumque onus pati non debet.

II. Alle Sachen, und zwar nicht nur die geretteten, welche nicht zur Consumtion bestimmt, sondern als Waare und Schiffsgut anzusehen sind, selbst das Schiff mit eingeschlossen, jedoch nach Abzug der Fracht ⁸⁴⁾, sondern auch die durch den Seewurf verlohren gegangenen oder beschädigten Sachen müssen geschätzt, und darnach der Beytrag eines Jeden bestimmt werden. Paulus giebt die allgemeine Regel *L. 2. §. 2. D. h. t. Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet.* Es kommt daher auch nicht auf die Schwere der Waaren an, ob sie das Schiff mehr oder weniger belasten. Auch Ringe, Juwelen, Medaillen, und andere Pretiosen, welche das Schiff auch nicht im mindesten belasten, müssen daher so gut in Anschlag gebracht werden, als schwere Frachtgüter, wie Paulus an dem angeführten Orte ausdrücklich sagt.

III. Die über Bord geworffenen Güter werden in Gemäßheit des gemeinen Rechts ⁸⁵⁾ nach dem Einkaufspreis,

84) Van der SCHELLING Diatr. de L. Rhod. Cap. X. §. 8. WEDDERKOPF Introduct. in ius nautic. Lib. IV. Tit. I. §. 32. Surland's Grundsätze des Europ. Seerechts §. 330. und Schibaut System 2. Th. §. 984.

85) Nach dem heutigen Seerechtsgebrauche unterscheidet man, ob der Seewurf geschah, ehe noch die Hälfte der Seereise zurück-

Preise, die durch den Seewurf gerettet, jedoch beschädigt, nach ihrem gegenwärtigen Werthe, die unbeschädigt, aber, mit Inbegriff der Kleider, welche die Passagiers in Koffern und Kisten bey sich führen, nach dem Werthe berechnet, für welchen sie verkauft werden können ²⁶⁾. Markwürdig sind hier folgende Stellen. *L. 2. §. 4. D. h. t. Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet. Nec ad rem pertinet, si hae, quae amissae sunt, plus veniri poterunt: quoniam detrimenti, non lucri, fit praestatio. Sed in his rebus, quarum nomine confitendum est, aestimatio debet haberi, non quanti emtae sunt, sed quanti venire possunt. — L. 4. §. 2. D. eodem. Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae*

in

tückgelegt war, oder erst nachher. Nur in dem ersten Falle, werden die verlohren gegangenen Sachen nach dem Einkaufspreise, in dem andern aber nach demjenigen Werthe geschätzt, für welchen sie an dem bestimmten Orte hätten verkauft werden können. *S. SCHOTTEL de iug. et antiqu. in Germ. iurib. Cap. XXI. §. 11. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6. Van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. X. §. 7. von Canez in Abhandlungen vom Wasserrechte 4. B. §. 109. S. 62.*

26) *S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. et 8. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. rühmt zwar vorzüglich die aus dieser Vorschrift hervorleuchtende besondere Weisheit und Billigkeit; allein dem berühmten Ant. SCHULTING in Thes. controvers. Dec. Lit. Th. 8. hat sie nicht einleuchten wollen. Soviel ist gewiß, daß es h. z. Z. an vielen Orten anders ist. S. I. H. BOEHMERI Diss. de discrim. tempest. maritimae Cap. 2. §. 29. Im Zweifel geht es nach der Verordnung des gemelten Rechts. S. de coccejf iur. civ. controvers. h. t. Qu. 5.*

Glücks Erlaut. d. Pand. 14. Th.

in navi remanserunt, *deteriores factae sunt*; videndum an conferre cogendus sit? — Et defendendum est hunc conferre debere *pretia praesente rerum*.

IV. Ist auf solche Art die Summe gefunden, so müssen beyde Theile sich einen verhältnismäßigen Abzug gefallen lassen, und der Schaden wird nach einem geometrischen Verhältniß auf alle repartirt. Man nennt diese Berechnung die *Dispachen* oder *Haveren*-Rechnung⁸⁷⁾.

§. 889.

Art der Klage.

So lebhaft auch die Römer von der Billigkeit der Entschädigung im Falle eines durch Sturm veranlaßten Seewurfs überzeugt waren, so kennt dennoch das röm. Recht keine Klage aus dem Rhodischen Gesetz, welche deshalb gegen die Eigenthümer der geretteten Güter angestellt werden könnte. Denn mit ihnen haben die Eigenthümer der verloren gegangenen Güter nicht contrahirt. Es war auch keine Ähnlichkeit mit irgend einem andern Geschäft vorhanden, woher man die Klageformel hätte entlehnen können. Nach der Subtilität des röm. Rechts müssen daher letztere in Gemäßheit des Ausspruchs der

87) Beispiele von dieser Rechnung findet man in POLACK Mathes. for. pag. 64. seq. Job Ge. Estors Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 3. Theil herausgegeben von Wolrad Burckhardt, Frankf. a. Main 1756. S. 43. ff. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1997. Falsch rechnet hingegen VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. S. Schibaut Eyst. des P. R. 2. B. §. 984. Not. h.

der L. 11. D. de obligat. et act. Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inane actum nostrum efficiunt, gegen den Vorsteher des Schiffs, und zwar wenn sie ihm ihre Waaren als Schiffsladung zum Transport verdungen haben, mit der actio locati, haben sie aber blos einen Platz im Schiff gemiethet, mit der actio conducti, oder wenn beydes ungewiß ist, mit der actio in factum, s. praescriptis verbis dahin klagen, daß dieser ihnen von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe. Der magister navis kann dann nach dem angegebenen Unterschied der Fälle gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen bald mit der actio conducti, bald locati, bald mit der actio praescriptis verbis auf ihren Beytrag zur allgemeinen Ausgleichung klagen. Haben diese ihm Waaren, als Schiffsladung, zum Transport verdungen, so kann er diese Güter auch zurückhalten, bis er den schuldigen Beytrag von ihnen erhalten hat. Dieses Retentionsrecht schließt aber die actio conducti von Seiten des magister navis eben so wenig aus, als die persönliche Klage deswegen gegen einen Schuldner ausgeschlossen wird, wenn der Gläubiger ein Pfand von ihm in Händen hat. Nur dann ist freylich kein Retentionsrecht denkbar, wenn Passagiere blos einen Platz im Schiff gemiethet haben, und diese Sachen bey sich führen, die zwar der Contribution unterworfen sind, aber keine Schiffsladung ausmachen, wie z. B. Perlen, Juwelen, Ringe u. dgl. Kostbarkeiten, welche das Schiff nicht belasten. Gegen diese kann der magister navis blos mit der actio locati auf ihren Beytrag klagen. So erklären sich dann ganz natürlich und ohne alle Emendation

nach

nach Balduin ⁸⁸⁾ folgende Gesessstellen. *L. 2. pr. D. h. t. ⁸⁹⁾*, Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, *ex locato* cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, *ex conducto*, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. SERVIUS quidem respondit, *ex locato* agere (sc. dominos cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo, *etsi retineat. ⁹⁰⁾ merces* magister, *ultra*

88) Commentar. ad Leg. Rhodiam, inter eius Commentarios ad Leges de iure civili pag. 142. sqq. edit. Gundlingian.

89) Diese Stelle ist aus PAULI libro 34. ad Edictum genommen, in welchem Buche dieser Röm. Jurist über das Edict de locato et conducto commentirt hat, wie aus *L. 1. 20. 22. et 24. D. locati* erhellet, Da nun die actiones locati und conducti auf die Lex Rhodia angewendet wurden, so erklärt sich hieraus, warum die Röm. Juristen bey diesen Klagen von der Lex Rhodia gehandelt haben.

90) *Etsi retineat* liest die Florentinische Handschrift. Gleichwohl halten viele diese Lesart für unrichtig, und emendiren: *etsi non retineat*. So lesen auch wirklich einige codices vulgati; z. B. unser Erlanger Coder; und diese Lesart billigen HALOANDE in seiner Ausgabe der Pandecten, und schon längst vor ihm auch HUGO A PORTA, unter den Auslegern aber vorzüglich FRANZ QUAREN in Comm. ad h. Tit. cap. 2. Oper. pag. 971. ANT. SCHULTING Thes. controv. Dec. LII. Th. 3. POTIER in Pand. Iustinian. h. t. Nr. XI. not. b. VINCIUS ad Peckii Comment. ad rem nautic. in *L. 2. h. t.* VAN DER SCHELLING in Diatr. de Lege Rhodia Cap. XIII. §. 3. und and. m. Allein mit Recht verwerffen diese Emendation EUSAJ. Observation. Lib. III. cap. 8. GERH. NORDT-Commentar. ad Dig. h. t. pag.

ultra ²¹⁾ ex locato habiturus est actionem cum vecto-
ribus; quid enim si vectores sint, qui nullas *sarci-*
nar

pag. 332. Siegm. Reich. Fauch Meditat. crit. de nega-
tionib. Pandect. Florent. Cap. V. nr. 6. pag. 61. besonders aber
Balduin c. 1. und Petr. Dursema Conjectural. iuris
civ. Lib. I. cap. 6 pag. 104. sq.

21) Ueber die Bedeutung des Wortes *ultra* sind hier auch die
Ausleger nicht einig. Diejenigen, welche *non retineant* lesen
wollen, suchen, dieser Emendation gemäß, dem Worte eine
solche Bedeutung beizulegen, daß es soviel heißen soll, als wenn
etwas sine facto aliquo adventitio geschieht. Hier heiße es also
soviel, als *etiam sine retentione*. S. RICHTER Tract. de signi-
ficat. adverbiorum voc. *Ultra*. und KIRCHMAIER Opuscula de
Latinitate Digestor. et Institut. Opusc. II. voc. *Ultra* pag. 63.
edit. Halens. 1772. 8. Hingegen Cujaz a. a. D. erklärt es durch
prius, und legt also folgenden Sinn in die Stelle; wenn gleich
der magister navis die Sachen der Befrachter des Schiffs zurück-
halte, so könne er dennoch sogleich, und ohne abzuwarten, bis
sie noch das Ubrige zurückgefordert hätten, *ex locato* klagen,
besonders gegen diejenigen, welche zwar Sachen bey sich hät-
ten, von denen sie ihren Beytrag zur Entschädigung der übrigen
geben müssen, übrigens aber doch das Schiff mit seiner Ladung
befrachtet hätten. Dieser Erklärung stimmen auch Balduin
a. a. D. S. 146. Noobt a. a. D. und Barn. PRISONIUS de
Verbor. Significat. voc. *Ultra* bey. Allein richtiger erklärt es
Dursema a. a. D. S. 3. S. 104. durch *insuper, adhuc, am-
plius*. Paulus berichtet nämlich hier die Meinung des
Sextus, welcher behauptete, die Eigenthümer der verlohren
gegangenen Güter könnten nur *ex locato* gegen den magister
navis dahin klagen, daß er die Waaren der übrigen Befrachter
so lange zurückhalte, bis sie ihren Beytrag zur Entschädigung
gegeben hätten. Allein Paulus zeigt vielmehr, daß der magi-
ster navis, wenn er auch die Waaren zurückhält, doch über-
dem noch klagen könne, weil ja Passagiere auf dem Schiffe
sich

nas ⁹²⁾ habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. *At si non* ⁹³⁾, [et] *totam navem conduxerit, ex conducto aget:*

sich befinden können, gegen die kein Retentionsrecht statt findet, welche also der *magister ex locato* belangen müsse. Das Wort *ultra* kommt auch in dieser Bedeutung sowohl bey den Klassikern, als den Röm. Juristen öfters vor. S. VIRGILIUS *Lib. II. Aeneid.* v. 145. *L. 25. D. de liberat. leg.* verglichen mit *L. 3. §. 3. D. eodem.* S. HORAT. TURSELLINUS *de particulis linguae latinae* h. v.

92) *Sarcinae* sind hier Waaren, welche das Schiff belasten. S. CUJACIUS *Observat. lib. III. c. 2.*

93) Die Worte: *At si non [et] totam navem conduxerit*, haben den Auslegern ebenfalls viele Schwierigkeiten verursacht. Die Lesart in den Handschriften ist nämlich hier sehr verschieden. Selbst die Florentinische ist hier nicht richtig dargestellt. Denn in dieser fehlt das *ET*, welches *Taur ell* eingeschaltet haben soll. Daher ist es in Klammern eingeschlossen. Andere Handschriften haben dieses *ET* gar nicht. *Brenk mann* bemerkt in der Gebauer'schen Ausgabe, daß sieben Handschriften, welche er verglichen, das *ET* nicht hätten. Sodann haben mehrere Handschriften statt *conduxerit, ex conducto aget*, den Pluralis, und lesen mit Hinweglassung des *ET* auf folgende Art: *at si non totam navem conduxerint, ex conducto agent*, wie ebenfalls *Brenk mann* bemerkt. Auf diese Art emendirte auch *Cujac* *Observat. Lib. III. c. 2.* den florentinischen Text, und erklärt nun die Worte in Verbindung mit den Anfangsworten dieser Stelle von dem zweyten Falle, da nämlich die Eigenthümer der verloren gegangenen Sachen ihre Waaren nicht als Schiffsladung zum Transport verbunden, sondern bloß das Schiff gemietet haben. Hier könnten sie nur *ex conducto* gegen den *magister navis* klagen, wenn sie nicht das ganze Schiff, sondern bloß einen Platz in demselben gemietet haben. Denn hätten sie das ganze Schiff gemietet, so fiel die Klage gegen den

aget: sicut vectores, qui laca in navem⁹⁴) conduxe-
runt. — L. 1. §. 1. D. praescript. verbis. Domino
mer-

den magister navis ganz weg, und sie würden nun selbst, wenn sie die Schiffsladung von den übrigen in Empfang genommen hätten, auch von diesen belangt werden können, sofern letztere durch Seewurf einen Schaden erlitten haben. Dieser Euzianischen Erklärung geben auch Nooobt in Comm. ad Dig. h. t. in fin. pag. 333. Durssema a. a. O. §. 4. S. 109. und Pothter in Pand. Justin. h. t. Nr. IX. nor. e. ihren Beyfall. Haloander hingegen liest, und interpungirt die streitigen Worte auf folgende Art: *at si non: et totam navem conduxerit: ex conducto aget:* Nach dieser Lesart besögen sich also die Worte nicht, wie Euzia will, auf den Fall, welcher dem in den Anfangsworten angeführten gegenüber steht; sondern vielmehr auf das unmittelbar Vorhergehende, nämlich wenn keine Waaren auf dem Schiff vorhanden sind, woran der magister ein Retentionsrecht ausüben kann. Diese Erklärung hält Franz Walduin in Comment. de Lege Rhodia pag. 148. für die richtigste. Der Sinn geht also nach dieser Emendation dahin: Wenn keine Frachtgüter vorhanden sind, welche retinere werden können; so kann derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, im Falle eines durch Seewurf erlittenen Schadens, ex conducto auf Entschädigungsbeytrag gegen diejenigen selbst klagen, welchen diese Verbindlichkeit obliegt; so wie die Passagiere, welche nicht das ganze Schiff, sondern nur einen Platz in demselben gemiethet haben, ex conducto gegen den Vorsteher des Schiffs klagen müssen, wenn sie wegen des erlittenen Seewurfs Entschädigung verlangen. Denn derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, ist nun selbst als Vorsteher des Schiffs anzusehen. Nur er, sonst kein Anderer, kann daher die Eigenthümer der geretteten Sachen belangt, daß sie ihren Beytrag thun, weil sie mit keinem Andern, als mit ihm selbst, contrahirt haben. Hat hingegen ein Passagier, dessen Waaren über Bord geworfen worden sind, nur einen Platz in dem Schiff gemiethet, so klagt er ex conducto gegen den magister navis, daß dieser ihm von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe, welcher sich dann der actio locati gegen die letztern bedient. Noch ist eine dritte Lesart zu bemerken, welche Baudoua hat, die so lautet: *aut si non: si totam navem conduxerant, ex conducto agent.* Mit dieser stimmt auch unser Erlanger Codex fast überein, nur daß hier nach den Worten: *aut si non* noch *sint* steht.

94) In navem liest die Florentine. Alle andere Ausgaben haben in nave, und diese letztere Lesart billiget auch Vrenkman.
Der

mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum esse dandam*, LABEO scribit. Eine gesetzliche Hypothek haftet jedoch wegen der Entschädigung nicht auf den geretteten Sachen, weshalb eine Realklage gegen den dritten Besitzer derselben angestellt werden könnte⁹⁵⁾. Ist der *magister navis* bereit, seine Klage gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen den Eigenthümern der verlohren gegangenen Sachen zu cediren, so kann er sich dadurch von allen weiteren Ansprüchen der Letztern frey machen⁹⁶⁾, denn für die Zahlungsfähigkeit des Passagiers darf er ja ohnehin nicht haften⁹⁷⁾. Allein nach dem heutigen Recht gestattet man, ohne jenen Umweg, den die Eigenthümer der verlohrenen Güter nach dem röm. Rechte nehmen müssen, eine *condictio ex Lege Rhodica* gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf verhältnißmäßige Entschädigung⁹⁸⁾. Der Mangel einer Klageformel, welcher nach dem röm. Rechte jenen Umweg veranlaßte, kann uns heut zu Tage nicht mehr in Verlegenheit setzen, weil es nach den Vorschriften des kanonischen Rechts⁹⁹⁾

nur

Der Accusativ statt des Ablativs ist indessen auch bey den Klassikern nichts Seltenes. S. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 350.

95) VOËT Commi. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung sind zwar WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. XXVIII. §. 8. und van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIII. §. 2. in fin. Allein man sehe Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LII. Th. 9. und de COCCESI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

96) Arg. L. 51. D. de peculio in fin. VOËT c. 1. Ant. SCHULTING Thes. controv. c. 1. Th. 2. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin.

97) L. 2. §. 6. D. h. t.

98) S. I. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 25. I. H. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 112. Joh. Ludw. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1433. Man sehe jedoch EMMINGHAUS ad Coccesi ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m.

99) Cap. 6. X. de iudic.

nur darauf ankommen soll, ob in dem vorkommenden Falle überhaupt ein Klagerrecht begründet sey ¹⁰⁰). Daher wird auch eine bloße Imploration des richterlichen Amtes schon für hinreichend gehalten ¹). Dem allen ungeachtet bleibt doch auf jeden Fall der *magister navis* für die Waaren auf dem Schiffe verantwortlich, und darf sie daher nicht eher verabsolgen lassen, als bis die Havetehfälle berichtet sind, sonst muß er den Eigentümern der verlohren gegangenen Sachen für den Schaden stehen. Es hat in dieser Hinsicht auch keinen Zweifel, daß die geretteten Schiffsgüter mit Arrest belegt werden können ²).

§. 890.

Heutige Ausdehnung des Rhodischen Gesetzes auf Feuersbrünste und Kriegschäden.

Man wendet heut zu Tage die Grundsätze des Rhodischen Gesetzes analogisch noch auf manche andere Fälle an, wo ein Bürger durch Aufopferung des Seinigen eine mehreren zugleich drohende Gefahr abgewendet hat ³). Am gewöhnlichsten ist es, die Vorschriften jenes Gesetzes auf Kriegschäden ⁴) und Feuersbrünste ⁵), wenn nämlich,

100) S. CLAYROTH'S Einleitung in den orb. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 1. Not. b. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 6.

1) S. STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 8.*

2) HUBER *Prælect. ad Pand. h. t. §. 7.* und WERNHER. *lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. pag. 553.*

3) S. LAUTERBACH *Diff. de æquitate et extensione Legis Rhodiacæ. Tübingæ 1671.* STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 12.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLX. med. 3.*

4) S. STRUBEN *rechtl. Bedenken. 1. Th. Bed. 45. und 3. Th. Bed. 21.* MÜLLER'S *auserlesene Rechtsfälle 2. B. 4. Th. Resp. 241.* Carl Gottfr. von Winkler *Abh. von Kriegschäden der Pächter und Mietheute. 2. Abschn. 9. Hauptst. Nr. 6. ff. S. 499 ff.* Fridr. PLATNER *Pr. super usu legis Rhodiacæ de iactu in bello terrestri. Lipsiæ 1762. u. a m.*

5) LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIV. §. 2. sqq.* WERNHER *Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. et 8. pag. 553.* und HOFACKER *Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 1999.*

lich, um die Ausbreitung der Flamme zu hemmen, gewisse Gebäude niedergedrissen werden, auszudehnen. Allein daß in diesen Fällen weder eine Gleichheit des Grundes anzutreffen sey, noch auch der Maasstab, welchen die Lex Rhodia annimmt, in denselben zum Muster genommen werden könne, ist schon von ältern und neuern Rechtsgelehrten ganz klar erwiesen worden ⁶⁾. Man hat nun richtigere Grundsätze aufgestellt, welche uns der Nothwendigkeit überheben, die Gründe der Entscheidung in solchen Fällen aus der Vorschrift des Rhodischen Gesetzes zu erborgen ⁷⁾. Ueberhaupt darf man, wenn man hier nicht willführlich verfahren will, nie über das Princip hinausgehen, wer durch Aufopferung des Seinigen wirklich einen auszumittelnden Schaden von Andern abgewandt hat, kann insofern, als er dem Andern nützte, Entschädigung verlangen. Der Umstand allein, daß ihm ein Unglück traf, welches auch einen Andern hätte treffen können, ist unläugbar noch nicht hinreichend, die Entschädigungsklage zu begründen ⁸⁾.

6) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. 10. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg Aquiliam. Lib I. cap. 2 Sect. 6 nr. 22. sqq. PET. de GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. Exercit. XII. Th. 21. p. 306 sq. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 18. S. 81. f. Weber über die Reparitur der Kriegsschäden. Würzburg 1798. §. 10. ff. und eines Ungenannten Abb. über den neuesten Standpunct und das Princip der jurid. Lehre vom Ersag der Kriegsschäden, 1806. S. 18. ff.

7) Außer den in der vorigen Note bereits angeführten beyden Schriften Webers und des Ungenannten sind noch zu bemerken Franz. Jos. Bodmann's Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu ersetzen, und zu veräquiren sind. Frankf. a. M. 1798. 8. Haus über Ersag und Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnberg 1801. und Hagfeld Prüfung der Grundsätze, welche über Veräquation der Kriegslasten bisher sind aufgestellt worden. Frankf. a. M. 1801. 8.

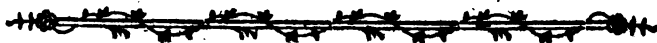
8) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. Th. §. 985.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierzehnten Theils zweite Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.

1813.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

PHYSICS 310 (S) - QUANTUM MECHANICS

LECTURE 10: THE HARMONIC OSCILLATOR

PROBLEM SET 10

DATE: _____

2011

Lib. XIV. Tit. III.
De institoria actione.

§. 891.

Wer heißt Institor? wer Praepobens? Aus welchem Grunde wird letzter aus den Geschäften des erstern verbindlich?
Begriff der *actio institoria*.

3um Besten des gemeinen Handels und Verkehrs ward auch II. vom Prator die *actio institoria* *) eingeführt, welche bey dem Handel auf dem festen Lande Statt hat. Man sagt gewöhnlich, sie sey nach dem Bepspiel der *actio exercitoria*

*) Als Commentare über diese Lehre sind folgende Schriften zu bemerken. Franc. DUARENUS in Tit. 25. Lib. IV. Cod. et Tit. 3. Lib. XIV. Pandectar. de Institoria actione. in *Operib.* pag. 973. sqq. Franc. RAMOS DEL MANZANO ad Tit. Pand. de institoria actione Commentar. adversarius (in *Ger. MARRMAN novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VII. pag. 19. sqq.) Io. Christoph. MARCI de obligatione institorum sive factorum, an et quatenus illi ex contractibus nomine dominorum celebratis in sua persona et bonis propolisteantur. *Argentor.* 1644. Hulder ab EYBEN de constitutione et iuribus factorum seu institorum. *Dis.* I. et II. *Giesae* 1661. in Desselben *Scriptis* P. II. N. 6. et 7. pag. 260. ff. Amad. ZKOLT *Dis.* de actione institoria. *Lipsiae* 1664. Chr. ADOLPHI de institoribus. *Altorff* 1671. Henr. Balth. ROTH *Spec. de commerciis institoria.* *Ienae* 1682. Pet. Christ. BEVERHUS D. de obligatione ex contractu *Erldut. d. Pand.* 14. *Th.* D tractu

toria gebildet worden *). Für diese Meinung scheint auch die Ordnung zu sprechen, in welcher von diesen beyden Klagen in den Pandecten gehandelt wird, welche auch schon in dem edicto perpetuo die nämliche war. Dennoch scheint die erstere Klage vielmehr der letzteren zum Muster gedient zu haben, wie sich aus folgenden Geseßstellen schließen läßt. Ulpian sagt nämlich *L. 1. pr. D. de exercit. act. Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrabamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri; ut tenetur, qui insitorem tabernas vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam insitore. Quippe res patitur, ut de conditione quis insitoris dispiciat, et sic contrahat; in pavis magistro non ita: nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. Noch deutlicher aber lehren dieses die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 4. Cod. de insitor et exercit act.* wo es heißt: *Et si a muliere magister navi praepositus fuerit, ex contractibus eius exercitoria actione, ad similitudinem insitoriae, tenetur. Es läßt sich indessen immer noch da-*
*gegen**

tractu insitoris oriunda. Ultraieci 1712. Christ. Wilh. SCHWEITZER Disp. de firma mercatorum. Lipsiae 1803. Christ. Aug. MICHAELIS Disp. de lege praepositionis. Lipsiae 1804. und Carl Aug. Tittmann von der Statthastigkeit der Institorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. Dresden 1805. 8.

a) *S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. tit. init. Operum T. II. pag. 333. Allein man vergleiche Hug. DONELLI Commentar. ad Tit. Cod. de insitor. et exercitor. act. nr. 25. pag. 147.*

gegen einwenden, daß auch wieder in andern Stellen gesagt wird, es sey bey der *actio institoria* Manches *exemplo exercitoriae actionis* eingeführt. Man vergleiche z. B. *L. 7. §. 1. L. 13. §. 2. D. h. t.* Soviel ist jedoch gewiß, daß beyde Klagen in den meisten Stücken mit einander übereinkommen. Merkwürdig aber ist es, daß die *Exercitorische* Klage ihren Namen von der Person des Beklagten, die *Institorische* aber von demjenigen erhalten hat, aus dessen Contract sie entspringt³⁾. Warum man diese weit natürlichere Ableitung bey der *Exercitorischen* Klage verließ, daran war wohl der Genius der lateinischen Sprache Schuld, mit welchem sich der Name *actio magistralis* nicht wohl vertrug⁴⁾. *Institor* wird nun derjenige genannt, welcher einem Gewerbe, es sey eine Kaufmannshandlung, oder Buchhandlung, oder Apotheke oder Gastwirthschaft u. dgl. vorgesetzt ist, um solches im Namen des Principals zu betreiben⁵⁾. Ein *Factor*, Handlungs- vorsteher, Gewerbsverwalter, in den Apotheken *Provisor*. Der Handlungsprincipal, oder Gewerbsherr hingegen wird *Praeposens* genannt. *Ulpian* sagt *L. 3. D. h. t. Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi.* In den *Vasiliken*⁶⁾ wird er *Προεσός* genannt. Ob ihm zur Führung der Handelsgeschäfte ein eigener Platz, oder Laden ange-

D 2

wie

3) §. 2. 1. *Quod cum eo, qui in aliena potest. est.*

4) *S. DONELLUS c. l. nr. 13.*

5) *S. RAMOS DEL MANZANO cit. loc. Cap. 1. EYBEN Diss. I. de Factoribus. Cap. 2.*

6) *Tom. II. Lib. XVIIII. Tit. 1. pag. 341. 399.*

wissen ist, oder nicht, ist gleichviel. Auch die für ihren Herrn die Waaren zum Verkauf herumtragen, und sie, wie oft bey fremden Kaufleuten geschieht, in den Häusern zum Verkauf anbieten, sind *Institutores*, wie folgende Gesessstellen lehren. L. 4. D. h. t. Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, et ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi emendive: cum utroque modo verum sit, institorem emisse aut vendidisse. L. 5. D. eodem: Cuicumque igitur negotio praepositus sit, *institor* recte appellabitur. §. 1. Nam et *SERVIVS libro primo ad Bravum* ait, si quid cum insulario gestum sit, vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento coemendo, in solidum eum teneri. §. 4. Sed etiam eos *institutores* dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam, et distrahendam, quos vulgo *circitores* appellamus. Besonders L. 18. D. eodem, wo Paulus sagt: *Institor* est, qui *tabernae, locove*, ad emendum vendendumve praepositus, quique *sine loco* ad eundem actum praepositus. Um also einen *Institor* von einem bloßen Procurator oder Bevollmächtigten zu unterscheiden, erfordert man, daß ihm nicht blos die Besorgung eines einzelnen Geschäfts, sondern einer ganzen Reihe von Geschäften, die ein gewisses Gewerbe betreffen, aufgetragen worden sey ⁷⁾. Jedoch pflegt man denjenigen, dem nur ein

7) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXI. medit 6. et 7. BOEHMERI Intród. in ius Dig. h. t. §. 2. STRUBENS rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 108. S. 375. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1127. Not. a. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 101. (Berlin 1810.).

ein einzelnes Handelsgeschäft ist aufgetragen worden, einen *quasi institor*, und die Klage gegen seinen *Principal actio quasi institoria* zu nennen. Der Unterschied ist also, wie schon Ludovici ⁸⁾ bemerkt hat, nicht erheblich. Wer jedoch nicht zur Direction der Handlung selbst, sondern blos zur Expedition der Comtoir-Geschäfte bestellt ist; hat nicht die Rechte eines Factors, sondern wird Buchhalter genannt ⁹⁾. Jedoch werden zuweilen diese Benennungen als gleichbedeutend genommen ¹⁰⁾. Ob übrigens der Factor eine Manns-, oder Frauensperson ist, ob er ferner in der väterlichen Gewalt ist, oder nicht, ob er großjährig, oder minderjährig ist, ist gleichviel ¹¹⁾. Eben dies gilt auch in Ansehung des Principals, oder des Praeponens. Jedoch mit dem Unterschiede, daß ein unmündiger Factor seinen Principal unbedingt verpflichtet ¹²⁾. Ist hingegen der Praeponent noch unmündig, so ist die Anstellung des Institors entweder mit Zuziehung des Vormundes geschehen oder nicht. Im ersten Fall wird er aus den Handlungen seines Factors verbindlich, in dem andern aber nicht, außer in sofern er dadurch reicher geworden ist ¹³⁾. Ein minderjähriger Praeponent kann sich jedoch der Rechte seines Alters

8) Ul. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 2.

9) Ge. Fried. von Martens Grundriß des Handelsrechts. (Göttingen 1798.) §. 28. u. 29. Schaubert System des Pandectenrechts 2. B. §. 875.

10) EYBEN Diss. I. de Factoribus. Cap. 2. nr. V.

11) L. 7. §. 1. D. h. t.

12) L. 7. §. 2. et L. 8. D. eodem. RAMOS del MANZANO cit. Comm. Cap. I. §. 36.

13) L. 9. et 10. D. h. t.

Alters bedienen ¹⁴⁾. Die Anstellung eines Factors (praepositio) geschieht gewöhnlich mittelst einer schriftlichen Vollmacht, welche Procura genennt wird. Diese muß nicht allein den Kaufleuten des Orts, sondern auch den auswärtigen Handelsfreunden gehörig bekannt gemacht werden ¹⁵⁾. Denn sie bestimmt den Umfang seiner Befugnisse. Nicht jede Handlung des Factors verpflichtet daher den Handlungsherrn, sondern es muß ein Geschäft seyn, welchem er vorgefetzt ist ¹⁶⁾. Wer also mit einem Gewerbsverwalter contrahirt, hat nur dann gegen denselben Principal eine Klage, wenn der Gegenstand des Vertrags eine Gewerbsfache betrifft ¹⁷⁾. Dieses Erforderniß ist hinreichend, wenn der Präponent dem Factor keine besondere Anweisung über die Art und Weise der Gewerbsverwaltung (lex praepositionis) gegeben hat. Denn ist der Factor der ganzen Handlung vorgefetzt, so erstreckt sich seine Vollmacht über alle bey derselben vorkommenden Geschäfte, ohne daß diese einzeln angeführt zu werden brauchen ¹⁸⁾. Wenn aber eine besondere Gewerbsvorschrift gegeben worden ist, so muß der Vertrag mit dem Institor in Gemäßheit derselben geschlossen worden seyn, wenn er für den Präponenten

14) L. 11. §. 1. D. eodem,

15) C. Martens a. a. O. §. 28. und Lud. Christoph, Carl Weillöbter Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts, Frankf. am Main 1799, Kap. 19. §. 3. ff.

16) L. 5. §. 11, et 12. D. eodem, VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

17) L. 3. C. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. et 21. Aut. SCHULTING Thef. controv. Dec. LIII. Th. 3.

18) C. LYBEN Diff. I. de factoribus. Cap. 10. nr. IV—VIII. und Weillöbter a. a. O. §. 9. C. 124.

menten verbindlich seyn soll. Hierauf geht, was Ulpian sagt *L. 11. §. 5. D. h. t. Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege, vel intervenitu cuiusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est.* Es wird nur aber freylich erfordert, daß der Handelsherr in dem Falle, da sein Factor nicht alles das thun darf, was sonst in der Natur des ihm übertragenen Gewerbes liegt, die Schranken der Procura, welche die Gewerbsvorschrift enthält, gehörig bekannt gemacht habe¹⁹⁾. Was dann der Factor gegen diese Vorschrift unternahm, ist für den Gewerbsherrn unverbindlich, wosern er solches nicht genehmigt²⁰⁾, oder derselbe sonst ex re verbunden ist²¹⁾. Auch dieses bestätigt Ulpian ausdrücklich, wenn er *L. 5. §. 12. D. h. t.* sagt: *Sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debet teneri.* Die Verbindlichkeit des Gewerbsherrn beruhet hier überhaupt auf dem allgemeinen Rechtsfaz, daß der Machtgeber für die vermöge des Auftrags geschenehen Handlungen seines Bevollmächtigten verbindlich ist, und der Gewerbsherr, weil er den Factor in seinem Namen und zu seinem Vortheil handeln läßt, stillschweigend in die Folgen dieses Handels einwilliget²²⁾. Eben diesen Grund giebt

19) *L. 11. §. 2. D. h. t. u. §. 5.* giebt den Grund an: *Neque animi decipi debent contrahentes.* Man sehe hier vorzüglich die oben Rot. 1. angeführte Titmannsche Schrift S. 5 ff.

20) *L. 7. pr. D. h. t.*

21) S. von Martens Grundriß der Handelsrechts §. 28.

22) *L. 149. D. de div. reg. iur.* *Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet.* S. ab EYSEN Diff. I. Cap. 3. nr. VIII. und Titmann in der angef. Abhandl. S. 6.

giebt auch Ulpian selbst an, wenn er *L. 1. pr. D. h. t.* sagt: *Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri; und in der L. 11. §. 2.* sagt er geradezu: *caeterum, qui praeposuit, tenetur ipsa praepositione.* Die Klage, welche gegen den **Handelsherrn** ²³⁾, mit dessen **Factor** Jemand in **Gewerbsachen**, denen er vorgefetzt ist, einen **Vertrag** geschlossen hat, auf **Erfüllung** desselben angestellt wird, heißt die **institorische Klage**. **Justinian** sagt §. 2. *I. Quod cum eo, qui in aliena potestate est: Institoria tunc habet locum, cum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum suum praeposuerit, et quid cum eo eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus praepo-*nuntur, *institores* vocantur

§. 892.

Zu liefern wird der **Handelsherr** aus einem **Selhanlehn**, oder einer **unerlaubten Handlung** seines **Factors** **verbindlich**?

Ob der **Factor** für **Rechnung** seines **Principals** **Gelder** aufnehmen könne? ist zunächst aus seiner **Procura** zu beurtheilen. Ist ihm darin namentlich die **Erlaubniß** dazu ertheilt worden, so darf man ihm sicher **creditiren**, und es kann auch in diesem Falle dem **Gläubiger** nicht einmal der **Beweis** einer **nützlichen Verwendung** aufgebürdet werden.

23) Es muß nur kein Anderer die **Verbindlichkeit** durch **Novation** übernommen haben. *Meminisse autem oportebit, sagt Ulpian L. 13. §. 1. D. h. t. institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo, stipulando.*

den ²⁴⁾. Dahingegen fällt die Klage gegen den Handels-
herrn weg, wenn der Factor gegen das ausdrückliche Ver-
bot desselben Geld aufnahm, und nur er allein ist dem
Gläubiger dafür verantwortlich ²⁵⁾. Enthält die Procura
hierüber nichts Bestimmtes, so wird der Handelsherr aus
einem gemachten Geldanlehen seines Factors anders nicht
verbindlich, als wenn entweder das Handelsgeschäft seiner
Natur nach nicht ohne Geldverkehr geführt werden kann,
oder die Gelder sonst zum Besten des zu führenden Gewer-
bes notwendig aufgenommen werden mußten ²⁶⁾. Denn
hier läßt sich eine stillschweigende Einwilligung des Ge-
werbsherrn nicht ohne Grund annehmen, es hat auch der
Gläubiger, außer der Nothwendigkeit des geschenehen Vor-
schusses, die wirklich erfolgte zweckmäßige Verwendung
des Geldes zu beweisen nicht nöthig. Folgende Gesetze
werden uns hierüber vollständig belehren.

L. 5.

24) L. 1. Cod. h. t. Servus tuus pecuniam mutuan accipiendo,
ita demum te institoria actione obligabit, si cum eum officio
alicui, vel negotiationi exercendae praeponeres, etiam ut id
faceret, ei permissum a te probetur. Quod si haec actio locum
non habeat: si quid in rem tuam versum probabitur, actione
in eam rem proposita, cogaris exsolvere. Add. L. 5. Cod.
eodem. S. LYBEN Diss. II. de factoribus Cap. 3. nr. VIII.
pag. 293.

25) L. 5. §. 13. in fin. D. eodem.

26) Ramos del MANZANO Commentar. ad h. Tit. Cap. I. §. 17.
199. Hug. DONELLUS in Comm. ad h. Tit. nr. 17. LEYSER
Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. medit. 6. et Vol. III.
Specim. CLXI. medit. 5. Struben rechtliche Bedenken 1. Th.
Beb. 59.

L. 5. §. 12. D. h. t. Sed si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces praeposito, locus est institoriae. Idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuerit mutuari.

L. 7. §. 11. D. de Scto Macedon. Interdum tamen, etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: utputa, filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit. Scribit enim IULIANUS *Lib. 12.* ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti usurum, si conveniatur, sed institoriam actionem adversus eum, qui praeposuit, competere: quamquam, inquit, si ipse pater eum praeposuisse mercis suae, vel peculiarem *) exercere passus esset, cessaret Senatusconsultum: quoniam patris voluntate contractum videretur. Nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit, merces accipere.

L. 13. pr. D. h. t. Habebat quis servum merici oleariae praepositum Arelatae; eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione **): probare non potuit, mercis gratia eum accepisse.

Licet

27) Da u d o g a lieset hier rem peculiarem. Unser Erlanger Pandecten-Codex hat peculiarem mercem. Allem Ansehen nach ist hier wohl vermittlest einer in den Florentinischen Pandecten nicht ungewöhnlichen Gemination peculiarem rem zu lesen, wie auch Ios. NERIUS Analector. Lib. 1. cap. 1. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 329. dafür hält.

28) Proposita actio heißt hier soviel als actio institoria directa. Denn diese Klage hatte Statt, wenn der Institor Geld

Licet consumpta est actio ²⁹⁾, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen IULIANUS *utilem* ³⁰⁾ ei *actionem* competere ait.

L. 19.

zum nöthigen Ankauf der Waaren aufgenommen hatte, wenn ihm gleich dazu keine ausdrückliche Ordre war ertheilt worden. Diese Klage wird hier darum *actio proposita* genannt, quoniam eius formula, wie RAMOS DEL MANZANO c. l. Csp. l. §. 21, sagt, in Albo sive Edicto Praetoria publice proposita extabat, ut et aliis solemnes formulae L. 1. D. de edendo. L. 1. Cod. de Interdict. L. 1. Cod. de lib. exhib. S. KRISONIUS de Verb. Signif. voc. *Proponere*.

29) Dies ist ein bloßer Zweifelsgrund. Der Sinn dieser Worte ist nämlich der: Es könnte zwar dem ersten Ansehen nach scheinen, als ob nun alles Klagerecht des Gläubigers wegen der ihm entgegenstehenden *exceptio rei iudicatae* verloren sey, weil der Herr ein für allemal von der *actio infortoria* war enthunden worden, welche der Gläubiger wegen des dem Factor gegebenen Anlehns gegen denselben angestellt hatte. S. POMER. Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 257.

30) Die hier erwähnte *actio infortoria utilis* hat nämlich Statt, wenn Jemand bloß den Auftrag gegeben hat, ein Geldanlehn für ihn aufzunehmen, wie aus L. 19. pr. D. h. t. und L. 5. Cod. eodem erhellet. Es fragte sich also, ob dieser Klage nicht die *exceptio rei iudicatae* entgegengesetzt werden könnte, weil der Proceß mit der *actio directa*, wegen Mangels des erforderlichen Beweises, verloren worden war? Alles kam hier darauf an, ob dieselbe Streitfrage, von welcher jetzt die Rede ist, schon in dem vorigen Proceß war entschieden worden. L. 3. D. de except. rei iudic. Dies läugnete mit Recht Julian, welcher dem Gläubiger noch die *actio utilis ad exemplum infortoriae* gestattet. Denn in dem ersten Proceß war die Frage,

L. 19 §. 2. D. eodem. Tabernae praepositus a patre filius, mercium causa mutuum pecuniam accepit: pro eo pater fideiussit: etiam infitoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit ³¹):

L. 7. §. 2. D. de exercitor. act. Eadem fere dicenda ait, et si de infitoria actione quaeratur. Nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparisonem, cui emendae servus sit praepositus: et sufficere, si in hoc crediderit; non etiam illud exigent-

Frage, ob der Factor das Geld zum nöthigen Ankauf der Waaren erhalten hätte? und dies konnte der Gläubiger nicht beweisen. In dem zweyten Proceß aber ist blos die Streitfrage zu entscheiden, ob der Agent des Beklagten das Anlehn, dem erhaltenen Auftrage gemäß, wirklich empfangen habe? *S. POTHIER cit. loc. not. i. und del MANZANO cit. loc. §. 23. p. 26.* Ganz unrichtig hat dieses Fragment *DUARENUS* in Comment. ad h. Tit. cap. IV. pag. 977. erklärt.

31) Der Sinn dieser Worte ist: Durch die Fidejussion werde die Verbindlichkeit, wegen welcher der Vater, als Präponent, mit der actio infitoria haftet, nicht geändert, sondern es trete noch eine neue zur Sicherheit des Gläubigers hinzu, wodurch die actio infitoria noch wirksamer gemacht wird. Denn hätte der Vater nicht für den Sohn fideiubirt, so hätte doch dem Gläubiger noch erst der Beweis abgelegen, daß das Geldanlehn zum Ankauf der Waaren nothwendig war. Dieses gewiß nicht leichten Beweises ist aber der Gläubiger nunmehr überhoben, weil der Vater durch Verbürgung des Anlehns auch dessen Nothwendigkeit anerkannt hat. *S. RAMOS c. l. Cap. I. §. 18. pag. 25. und POTHIER Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXI. not. d. pag. 408.*

gendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Daß der Handelsherr aus den Contracten seines Factors verbindlich wird, läßt sich nun zwar aus dem vom Ulpian *L. 1. h. t.* angeführten Grunde sehr gut erklären. Allein es entsteht die Frage, ob und in wiefern der Gewerbsherr auch aus den unerlaubten Handlungen seines Factors verantwortlich sey? Coccej³²⁾ leugnet, daß wegen solcher Handlungen die actio infitoria gegen den Präponenten Statt finde. Sein Grund ist, weil hierauf das Mandat nicht gehe. Der Factor handle also hier außer den Gränzen seines Auftrags. Eben dieser Meinung ist auch Berger³³⁾. Allein mehrere Gesessstellen in diesem Titel lassen uns nicht daran zweifeln, daß der Präponent selbst wegen der unerlaubten Handlungen seines Factors hafte, insofern er sie bey der Ausübung seines Amtes beging³⁴⁾. Die Klage wird hier *actio quasi infitoria* genannt, mit welcher die *actio ex delicto* concurrirt. Die hierher gehörigen Gesessstellen sind:

L. 5. §. 8. D. h. t. Idem (sc. *Laeco*) ait, si *Libitinarius*³⁵⁾, quos Graeci *νεροδοκτας*³⁶⁾ vocant, servum *pollin-*

32) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.*

33) *Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 5.*

34) Hierin stimmen überein VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Ant. FABER Rational. in L. 5. §. 8. D. h. t. RAMOS DEL MANZANO cit. Comm. Cap. I. §. 11. et 12. pag. 23. sqq. EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 4. not. u. von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 18. u. a. m.*

35) *Libitinarius* wurde bey den Römern derjenige genannt, welcher die Leichenbegängnisse zu besorgen und zu veranstalten hatte.

pollinctorem *) habuerit, isque mortuum spoliaverit,
dan-

Funerum curator. Der Name stammt von der Göttin *Libitina* her, welcher, wie uns *Plutarch* lehrt, schon von den Zeiten des Königs *Numa* ein Tempel geweiht war, in welchem alles, was zum Begräbniß gehörte, gekauft, oder gemietet wurde. Mit dieser Leichenbesorgung wurde ein eigenes Gewerbe getrieben, welches man *libitinam exercere* nannte. Eine merkwürdige Stelle findet man hierüber bey *Valerius Maximus* Lib. V. c. 2. Ex. 10. wo es heißt: *M. Cornutus Praetore funus Hirtii et Pansaë iussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, eum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. Perseverantique postulatione extiterunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur. Quorum laudem abiecta lege conditio auget magis, quam extenuat; quoniam quidem quaestum contempserunt, nulli alii rei, quam quaestui viventes.* Auf dieses Gewerbe bezieht sich auch die Stelle des *Horatius* Lib. II. Sat. 6. v. 19. wo er sagt: *Autumnusque gravis Libitinae quaestus acerbae.* Diese *Libitina* steckten sich in dem Tempel der *Libitina* auf, wo über die Verstorbenen eine eigene Liste gehalten wurde, so wie in dem Tempel der *Iuno Lucina* über die Geborenen. *Suetonius* in *Neron*, c. 39. und *Dionysius Halicarn.* *Antiquit.* Lib. IV. Der Römer überließ nun einem solchen *Libitinar* die Besorgung des ganzen Leichenbegängnisses, und contrahirte mit ihm über den Kostenbetrag, welches man *funus locare* nannte, *Seneca* Epist. 99. *Plinius* Lib. VI. cap. 52. Man vergleiche vorzüglich *Io. Kirchmann* de *funeribus Romanorum*. Lib. I. cap. 9. *Jac. Gutherius* de *iure manium* Lib. I. cap. 15. *Ramos del Manzano* cit. *Comm.* Cap. I. §. 8. und *Forpius ab Aezema* *Dissertation. iuris civ.* Lib. I. cap. 17. in *Thes. Moerm.* T. VI. pag. 516.

36) *Guil. Budaeus* in *Annotat. prior. et poster. in Pand. h. t.* ad *L. 5. cit.* p. 136. (*Lutetiae 1556.*) glaubt, man müsse *raQia*

dandam in eum quasi institoriam actionem ³⁸⁾: quamvis et furti et iniuriarum actio competeret ³⁹⁾.

L. 5. §. 9. D. eodem. Idem *Labo* ait, si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesentl, *ut per dies singulos eis panem praestaret*, conturbaverit,

ταφεία lesen. Halóánder hat *πρῆσιον*. Andere lesen *ἐτραφιασῆν*. Daß jedoch alle diese Benennungen richtig und gleichbedeutend sind, hat aus *Hesychius* und *Julius Pollux* *Is. BRODAEUS* lib. IV. *Varior.* gezeigt. Die *Basilica* Tom. II. pag. 342. haben den Ausdruck *νεκροθάκτης*.

37) *Pollinctores* waren Gehülfen der *Libelluarum*. Ihr Geschäft bestand vorzüglich darin, dem Leichnam abzuwaschen und zu salben, von *pollincere*. Ueber die Etymologie ist man jedoch nicht einverstanden. *Guil. BUDAUS a. a. D.* versteht unter dieser Benennung überhaupt Leichenbesorger. Man sehe jedoch *Jac. GUTHERIUS* c. I. pag. 91. (edit. *Lips.* 1671. 8.) *KIRCHMANN* c. I. pag. 48. *RAMOS* c. I. §. 9. Unrichtig liest hier unser *Erlanger Codex pollicisatores*.

38) Die Klage wird darum quasi institoria genannt, weil die actio institoria nach *L. 1. D. h. t.* nur eigentlich aus Contracten des Factors gegen den Handelsherrn gebraucht werden kann. *S. Ant. FABER* *Rational.* in h. L. Hierzu kommt aber noch ein anderer Grund, nämlich weil der *pollinctor* auch kein eigentlicher Institor war, wie *RAMOS* c. I. Cap. 1. §. 10. bemerkt.

39) Diese Klagen konnten zwar in dem Falle, wovon das Gesetz spricht, gegen den Herrn bloß noxaliter angestellt werden. Ist aber der institor ein freier Mensch, so finden sie gegen ihn selbst statt. *S. FABER* c. I. und *RAMOS* c. I. §. 11.

verit ⁴⁰⁾, dubitari non oportet, quin, si permittit et ita dari summas, teneri debeat.

Man wende nicht ein, es sey hier blos von solchen Institoren die Rede, welche in der Gewalt ihres Principals sich befanden, und aus deren unerlaubten Handlungen der Herr schon ohnedem mit der Moralklage haftere. Denn man erwäge, was Ulpian sagt L. 11. §. 4. *D. h. t.* Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipseus praeposenti nocere debet. Dieser Satz ist ganz allgemein, und es kommt hier nicht auf das besondere Verhältniß an, in welchem der Institor zu dem Gewerbsherrn steht. Es bestätigt dieses auch Paulus, wenn er L. 5. §. 3. *D. de doli mali et metus except.* sagt: Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet. Der Anfang geht freylich auf solche unerlaub-

40) Es ist hier von dem Falle die Rede, da der Knecht eines Beckers, durch den sein Herr das Brod verkaufen ließ, sich das Geld von seinen Kunden für das Brod, was sie für jeden Tag erhalten sollten, hatte vorausbezahlen lassen, und hernach dasselbe durchgebracht hatte. *Conturbare* ist also hier soviel als pecuniam dissipare et decoquere, und wird eigentlich von Sklaven gebraucht, die in den ihnen anvertrauten Geschäften ihres Herrn nicht mit der Rechnung bestehen können. S. *Guil. BU-DAEVS* in Annotat. ad Pand. h. L. p. 137 und *BRISSENIUS* de Verbor. Significat. hac. voc. Mit Recht wird nun hier der Grund der Verantwortlichkeit des Herrn darin gesetzt, daß das Vergehen seines Knechts die causa praepositionis angeheng. Warum hatte er ihm erlaubt, sich das Geld von den Kunden vorausbezahlen zu lassen? S. *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. 5. §. 9. *D. h. t.* und *RAMOS DEL MANZANO* Comm. ad h. Tit. Cap. L. §. 12.

erlaubte Handlungen nicht, wie Coccej ganz richtig erinnert; allein es fällt doch dem Gewerbsherrn zur Last, daß er keinem treuern Menschen seine Geschäfte übertrug ⁴¹⁾. Selbst Verbrechen, die der Factor bey der Gewerbsverwaltung beging, muß daher der Präponent vertreten. Denn durch die Anstellung eines Factors giebt der Gewerbsherr jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Gewerbsverwalters, die er, als solcher, d. i. in Gewerbsfachen unternimmt, eben so, als ob sie von ihm selbst geschehen wären, gelten zu lassen ⁴²⁾. Nun sagt zwar Ulpian *L. 1. D. h. t.* der Präponent werde aus den Handlungen seines Factors verbindlich, weil er den Vortheil daraus zieht. Allein die Gesetze halten es auch für eben so billig, daß wer den Nutzen hat, sich auch die damit verknüpften Beschwerden müsse gefallen lassen ⁴³⁾.

§. 893.

Kann der Infortor einen Andern substituiren? Wie haften mehrere Präponenten? In wiefern kann der Contrahent gegen den Infortor klagen? In wiefern der Präponent gegen den Contrahenten?

Man behauptet gewöhnlich ⁴⁴⁾, die actio infortoria unterscheide sich vorzüglich darin von der actio exercitoria, daß sie nur

41) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1402.

42) S. THEOPHILI Paraphr. graec. ad §. 2. in fin. I. Quod cum eo, qui in aliena potest.

43) *L. 10. D. de div. reg. iuris.*

44) VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. RAMOS DEL MANZANO Comm. cit. Cap. I. §. 39. Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th. X SCHIL-

nur durch Handlungen des von dem Handelsherrn selbst bestellten Factors, nicht aber durch Handlungen desjenigen begründet werde, welchen sich der Factor, ohne besondere Erlaubniß seines Principals, substituirt hat. Ulpian, glaubt man, habe dieses ganz klar ausgesprochen, wenn er *L. 1. §. 5. D. de exercitoria act.* sagt: *Magistrum autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: — et facilius hoc in magistro, quam in iustore, admittendum propter utilitatem.* Denn das Wort *facilius* suspendire hier nicht sowohl, sondern drücke geradezu den Gegensatz aus. Fast auf eine ähnliche Art erkläre sich Papiinian, wenn er *L. 1. princ. D. de pignor. et hypoth.* sagt: *difficilius creditori actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio.* In diesen Worten sey der absolute Satz enthalten, der Gläubiger habe keine Klage, sondern könne sich nur einer Retention bedienen. Diese Erklärung sucht man noch besonders durch den Grund zu bestärken, welcher *L. 1. pr. D. de exerc. act.* angeführt wird: *Cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam cum iustore; quippe res patitur, ut de conditione quis iustoris dispiciat, et sic contrahat; in navis magistro non ita.* Man fügt endlich noch hinzu, daß zwar in den Gesetzen dieses Titels hin und wieder von solchen die Rede sey, die im Namen anderer Iustoren bestellen können. Allein der Iustoren selbst geschehe dabey keine Erwähnung. So sage

SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 42. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 1. §. 5. De exercit. act. Io. STRAUCH Dissertat. ad univ. ius Iustin. Diss. XXII. §. 6. HEINRICCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 155. BOEHMEN Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. u. 4. m.

Sage 3. *D. Ulpian L. 5. §. ult. D. h. t.* Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit, veluti a me praeposito, dandam institoriam actionem. Allein daß dennoch auch dem Factor die Befugniß, sich auch ohne besondere Erlaubniß einen andern zu substituiren, sofern es nämlich die Umstände erfordern, keinesweges versagt sey, und daß er es nur nicht, wie dem magister auch sogar in diesem Falle erlaubt ist, wider ein ausdrückliches Verbot thun dürfe, haben andere⁴⁵⁾, dem Geist der Gesetze entsprechender, gezeigt. Zwar ist es noch sehr zweifelhaft, ob die Stelle Ulpians *L. 5. §. 17. D. h. t. Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuit, et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit;* worauf sich einige berufen, wirklich von einem Substituten des Factors zu verstehen sey. Denn auch davon abgesehen, daß die Lesart dieser Stelle verschieden ist⁴⁶⁾; so scheint hier vielmehr von einem solchen Falle die Rede zu seyn, wo derselbe Institor zweyen Herren diene,

R 2

und

45) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. MEIER Eudo-
 ξωv Iustinian. Dec. V. cap. 5. §. 8. ab EYSEN Diss I. de factorib. Cap. 6. nr. 8. et Diss. II. Cap. 4. nr. X. et Cap. 6. nr. IV. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim DCLXXVII. medit. 15. WALCH Controv. iuris civ. Sect. III. Cap. VI. §. 17. pag. 680. sq. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 876.

46) So 3. B. befinden sich die Worte *ab alio* in der Haldan-
 drischen Ausgabe nicht. Allein in der Florentinischen
 und *Vulgata* stehen sie. Daher ist auch wohl an ihrer Rich-
 tigkeit nicht zu zweifeln, wenn sie gleich in den Gothofred-
 schen Ausgaben eingeschlossen sind.

und der eine Herr des andern Erbe geworden war. Natürlich war hier der Erbe auch aus denjenigen Contracten verbindlich, welche sein Factor, als Factor des verstorbenen, der Gewerbsvorschrift desselben gemäß, geschlossen hatte. So erklärt diese Stelle Schilter ⁴⁷⁾, und, wie ich glaube, nicht unrichtig. Denn daß hier von keiner Substitution die Rede sey, lehren wenigstens die Basiliken ⁴⁸⁾, in welchen die angeführte Stelle so lautet: *Εάν ὁ προσβαλλόμενος τὸν προεσῶτα τελευτήσῃ, καὶ ὁ κληρονόμος αὐτοῦ κέχηται, ἐνέχεται.* Si is, qui *infitorem praeposuit*, deceserit, *et heres eius eodem infitore utatur*, tenetur. Allein es ist auch gar nicht nöthig, jene Stelle zu Hülfe zu nehmen. Genug; daß dem Factor die Befugniß zu substituiren dadurch offenbar nicht benommen ist, wenn Ulpius *L. 1. §. 5. D. de exerc. act.* sagt, der *magister navis* könne sich in seiner Lage mehr Freiheit herausnehmen, als der Factor einer Handlung auf dem festen Lande, der immer eher Nachricht von seinem Herrn erhalten kann, als der auf dem Meere von Wind und Wellen herumgetriebene *magister navis*. Hierzu kommt, daß auch durch andere Gesetze das Substitutionsrecht desjenigen, dem die Verwaltung fremder Geschäfte übertragen worden ist, als Regel bestätigt wird ⁴⁹⁾, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, beim *Infitor* eine Ausnahme zu machen. Daß nach teutschen Sitten und dem heutigen Gerichtsgebrauche dem Factor die Substitution erlaubt, und die Klage auch in

47) Cit. loc. pag. 208.

48) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Confl. 5. §. 8. pag. 343.

49) *L. 8. §. 3. D. mandati. Cap. ult. de procurat. in 6to. C.*
 E h i b a u t Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts.
 2. B. 6. Abh.

in diesem Falle gegen den Principal begründet sey, giebt auch selbst Schilter ⁵⁰⁾ zu.

Darin kommt jedoch die actio institoria mit der actio exercitoria vollkommen überein, daß sie gegen mehrere Präponenten in solidum, gegen die Erben aber nur auf ihren Antheil gerichtet werden kann. Hat jedoch einer der Präponenten das Ganze bezahlt, so bleibe ihm gegen die übrigen der Regreß mit der actio pro socio oder communi dividundo offen. Die hierher gehörigen Stellen sind

L. 13. §. 2. D. h. t. Si duo pluresve tabernam exerceant, et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus: an pro portione mercis, an vero in solidum, JULIANUS quaerit? Et verius esse ait, *exemplo exercitorum* ⁵¹⁾, et de peculio actionis ⁵²⁾, in solidum unumquemque conveniri posse: et quidquid is praestiterit, qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur.

L. 14.

50) Cit. loc. §. 43. Man sehe auch STAVK Uf. mod. Pand. h. t. §. 2.

51) Es ist also hier alles so, wie oben §. 879. bey der actio exercitoria vorgekommen ist.

52) Auch die actio de peculio ging gegen mehrere Herren auf das Ganze, ohne daß hier die Wohlthat der Theilung Statt hatte. L. 27. §. ult. D. de pecul. Es wird hier auch eben der Grund, wie bey der actio exercitoria, angegeben, nämlich: *Est enim iniquum in plures adversarios distringi cum, qui cum uno contraxerit.*

L. 14. D. eodem. Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis, ei servo libertatem dederit: *nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.*

Jedoch behaupten viele, daß heut zu Tage auch mehrere Gewerbsherren aus den Handlungen ihres Factors nur pro rata belangt werden könnten, oder ihnen wenigstens die Wohlthat der Theilung zu gestatten sey ⁵³⁾.

Die Frage, inwiefern der Factor selbst belangt werden könne? ist hier eben so, wie bey der actio exercitoria ⁵⁴⁾, zu beantworten. Ist der Factor ein freier Mensch und mündig, so kann er, wenn er auch eine Frauensperson ⁵⁵⁾, oder noch in der väterlichen Gewalt des Präpönenren ist ⁵⁶⁾, so gut, wie sein Principal, belangt werden. Die Klage aber ist hier nicht die Institorische, sondern die aus dem verbindlichen Geschäft selbst, welches nämlich der Factor in dieser Eigenschaft unternahm, entspringende directe Klage ⁵⁷⁾. Diese Klage geht auch nur dahin, daß

der

33) S. SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exercit. XXVII, §. 44. LAOTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 22. STÄYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 2. VINNIUS Comm. ad §. 2. l. Quod cum eo, qui in aliena potest. nr. 4.

54) S. oben §. 881.

55) L. 7. §. 1. D. h. t. Et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa.

56) L. 7. §. 11. D. de SCto Macedon.

57) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und Frid. Es. a PUFENDORF Animadversion. iuris Nr. LXIII, §. 2.

der Factor dem Gläubiger aus dem Vermögen seines Principals Befriedigung verschaffe⁵⁸⁾; Daher kann die Klage gegen den Factor auch nur so lang Statt finden, als derselbe der Handlung vorsteht⁵⁹⁾. Denn hat seine Verwaltung ein Ende; so haftet er nur noch wegen seiner eigenen Handlungen.

58) S. SCHILTER Prax. juris Rom. Exercit. XXVII. §. 41. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. ab EYBEN Diss. II. de factorib. et nominatim de actionibus, quae dantur in praeposentem et factorem ipsum. Cap. 9. de COCCEJI iur. civ. contröv. h. t. Qu. 3. und WALCH Contröv. iur. civ. Sect. III. cap. 6. §. 16. pag. 679.

59) *L. ult. D. h. t. Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum. Is Caio Seio cavit in haec verba: Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis eius venditis, an ex epistola iure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec iure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse; cum id infortoris officio, ad fidem mensae protestandam, scripsisset.* Dieses Responsum des Scävola enthält eigentlich einen doppelten Entscheidungsgrund. Denn 1) war die von dem Factor ausgestellte Versicherung: Domitius Felix habe an die Bank seines Herrn 1000 Denarien zu fordern, welche er ihm zur bestimmten Zeit auszahlen werde, als keine Intercession für seinen Principal anzusehen; 2) Der Herr war ohne Erben verstorben, und sein Vermögen, aus welchem doch nur die Zahlung zu erheben gewesen wäre, verkauft worden. Die Gewerbsverwaltung hatte also hiermit aufgehört. Darum blieb kein Grund übrig, den gewesenen Factor in Anspruch zu nehmen. Man sehe über diese Stelle vorzüglich ab EYBEN c. I. Cap. IX. nr. V. et VI. pag. 304. sqq.

gen ⁶⁰⁾ J. B. wenn er in eigenem Namen contrahirte, oder sich für seinen Principal verbürgte, oder die Gränzen seines Auftrags überschritte, oder sonst etwas Unerlaubtes unternahm ⁶¹⁾.

Das Amt des Institors hört jedoch nicht mit dem Tode des Präponenten an sich, wie sonst eine Bevollmächtigung ⁶²⁾, sondern in der Regel nur durch Widerruf des Auftrags auf, und zwar muß die Aufhebung der Procura eben so, wie die Ertheilung derselben bey Anstellung des Factors, gehörig bekannt gemacht werden, damit jeder davon hinlängliche Wissenschaft erhalten kann ⁶³⁾. Eine solche Bekanntmachung erfordern die Geseze schlechterdings, und schreiben sie als Mittel vor, den aus der Geschäftsführung eines Gewerbverwalters für den Gewerbherrn und dritte Contrahenten sonst leicht möglichen Schaden abzuwenden ⁶⁴⁾. Ist sie daher nicht gehörig geschehen, so bleibt
der

60) CARPZOV Iurisp. for. P. II. Const. 20. Def. 14.

61) L. 67. D. procurator. L. 3. §. 2. D. de adminiftr. rer. ad civit. pertinent. L. 5. pr. et §. 1. D. Quando ex facto tutor. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. de COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und EMMINGHAUS ad Eundem not. 1.

62) L. 15. Cod. Mandati. L. 5. §. 17. L. 17. §. 3. D. h. t.

63) L. 11. §. 2. D. h. t. De quo palam proscriptum fuerit: ne cum eo contrahatur, in praepositi loco non habetur. Non enim permittendum erit, cum Institore contrahere. Sed, si quis nolit contrahi, prohibeat: caeterum, qui praeposuit, tenetur ipsa praepositione. S. Littmann von der Statthastigkeit der Institorischen Klage bey Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. §. 8. S. 45.

64) L. 47. pr. D. de peculio und L. 11. §. 8. D. h. t. sagt ausdrück-

der Präponent noch immer aus den etwa noch nachher mit seinem gewesenen Factor in dieser vermeintlichen Eigenschaft geschlossenen Verträgen den Contrahenten verbindlich, welchen die Zurücknahme des Auftrags unbekannt geblieben war⁶⁵⁾. Die Gesetze verordnen sogar, daß wenn es auch durch Arglist des Factors geschehen wäre, daß der dritte Vertragsschließer von der geschehenen Willenserklärung seines Principals nichts habe erfahren können; dennoch die Klage gegen den Gewerbherrn begründet seyn solle⁶⁶⁾, weil doch dieser sich immer noch eher gegen eine solche Betrügerey schützen kann, als der Contrahent, welcher in Rücksicht auf die Person und den Handlungscredit des Gewerbherrn den Vertrag schließt⁶⁷⁾. Die Bekannt-

drücklich: *neque enim decipi debent contrahentes.* S. Littmanns angef. Schrift. S. 18. ff.

65) L. 24. §. 3. *D. de solut.* Es ist hier eben so, als wenn der Gewerbherr bey der Anstellung seines Factors die Bekanntmachung der Procura unterließ, und es hierdurch unmöglich machte, daß diejenigen, welche mit dem Factor contrahirten, den Umfang seiner Befugnisse kennen konnten, um sich mit ihm auf nichts mehr einzulassen, als was der Gewerbsvorschrift gemäß ist. Hier haftet auch der Präponent mit Recht für seine Schuld aus jedem Geschäft, welches der Factor nach der Natur und dem Wesen des ihm übertragenen Gewerbes unternommen hat, wenn auch schon sein Auftrag so weit nicht gieng. Denn jede heimliche Einschränkung der Procura ist, wie eine heimliche Zurücknahme derselben, für den Dritten nichtig. Ihre Wirkung erstreckt sich bloß auf den Gewerbherrn und seinen Factor. Siehe die Littmannsche Abhandlung S. 3. ff.

66) L. 11. §. 4. *D. h. t.*

67) §. 1. *I. Quod cum eo, qui in aliena potest. L. 84. D. pro socio.*

machung der Zurücknahme des Auftrags muß nun eben so, wie die der Gewerbsvorschrift, in der Regel durch öffentliche Anschläge an dem Orte der Gewerbsführung ⁶⁸⁾ und durch Briefe und Notifikationen an die Geschäftsfreunde geschehen ⁶⁹⁾. Diese Zurücknahme des Auftrags wird auch in der Regel von Selten der Erben erfordert, weil, wie bereits oben bemerkt worden, der Tod des Präponenten an sich die Vollmacht des Factors nicht aufhebt. So lang daher diese noch nicht erfolgt ist, findet die Infititorische Klage gegen die Erben statt, wenn Jemand auch erst nach dem Tode ihres Erblassers mit dem Factor contrahirt hätte ⁷⁰⁾. Dies hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn der Vertrag mit dem Factor geschlossen ward, nachdem die Erbschaft schon angetreten war, und es kommt auch dann gar nicht darauf an, der Vertragsschließer mag gewußt haben,

68) *L. 11. §. 3. D. eodem.* Proferibere palam sic accipimus, claris litteris unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed evidenti. Litteris, utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat, ignorasse se litteras, vel non observasse, quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur.

69) *L. 11. §. 5. D. eodem.* Sed si denunciavit cui, ne eum eo contraheret, non debet infortoria teneri.

70) *S. Franc. DUARENUS* in *Comm. ad h. t. cap. 4. Id. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 3. RAMOS DEL MANZANO* *Comm. ad h. Tit. Cap. II. §. 7. Ant. SCHULTING* *Thesium controversar. Dec. LIII. Th. 5. ab EYBEN de Factoribus* *Dissert. I. Cap. 12. nr. VI. Oper. p. 285. Diss. II. Cap. 4. nr. XIII. p. 297. de COCCEJI iur. civ. controuv. h. t. Qu. 5. und WALCH* *Introduct. in controuv. juris civ. Sect. III. cap. 6. §. 15. pag. 679.*

ben, daß der Gewerbsherr gestorben sey, oder nicht. Denn lassen die Erben den Iustitor die Gewerbsverwaltung fortsetzen, so kann ja demjenigen durchaus nichts zur Last gesetzt werden, der mit ihm in der noch fortbauenden Eigenschaft eines Factors contrahirt; weil sie ihn seines Dienstes hätten entlassen sollen, wenn sie dieß nicht gewollt hätten. Dieses findet sogar in dem Falle Statt, wenn der Erbe noch Pupill ist, und der Vormund den von desselben Erlasser angestellten Factor beybehalten hat, wie folgende Gesessstellen lehren,

L. 11. pr. D. h. t. Sed si pupillus heres extiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit pupillum teneri, ~~quamdiu praepositus videtur~~ remouendus enim fuit a tutoribus, si nolent opera eius uti,

L. 17. §. 2. D. eodem. Si impubes patri, habenti iustitores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem *propter utilitatem promiscui usus* ⁷¹⁾: quemadmodum ubi post mortem tutoris, cuius auctoritate iustitor praepositus est, cum eo contrahitur,

Allein streitiger ist es, wenn der Vertrag mit dem Factor noch vor Antretung der Erbschaft war geschlossen worden, in wiefern dann die Iustitorische Klage gegen die Erben Statt finde? Es sind hier zwey Gesessstellen, welche einander zu widersprechen scheinen.

L. 5.

71) Die Worte *propter utilitatem promiscui usus* erklären die meisten durch Begünstigung des Handels und gemeinen Verkehrs, favor commerciorum. S. RAMOS c. 1. SCHULTING c. 1. POTHIER Pand. iustin. T. I. h. t. Nr. X. not. e.

L. 5. §. 11. D. h. t. Si ante aditam hereditatem cum eo (sc. infititore) contractum est, ignorantis dari infitoriam actionem.

L. 17. §. 3. D. eodem. Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus⁷²⁾ heres existat, dandam esse actionem etiam

POMPO-

72) Das Wort *furiosus* will Ant. FABER in Rational. in hanc L. ausgestrichen wissen, weil ein Wahnsinniger keine Erbschaft antreten kann. *L. 63. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Allein mit Recht hat dagegen Ant. SCHULTING Thef. controv. Dec. LIII. Th. 6. erinnert, daß alle Schwierigkeit sich leicht heben lasse, wenn man einen solchen Fall unterstellt, wo der Rasende zur Zeit eines verdnstigen Zwischenraums die Erbschaft antrat. Ihm stimmt auch POTHIER in Pand. Instin. h. t. Nr. X. not. c. bey. Ein Wegstreichen des bemerzten Wortes erlaubt ohnehin weder die Auctorität der Florentine, noch der Beschlüssen, Tom. II. pag. 348. Es würde auch, wie Ulr. HUNTER in Eonomia Rom. ad h. L. sehr richtig bemerkt, dadurch die Schwierigkeit bey weitem vergrößert werden. Denn wer sollte denn nun der Erbe seyn? Huber meint zwar, man könnte hier auch den Fall annehmen, wenn der Curator für den Wahnsinnigen um die bonorum possessio gebeten hat. *L. 1. D. de bon. poss. furioso etc. compet.* *L. ult. §. 3. Cod. de curator. furiosi.* Ich habe aber dabey nur das einzige Bedenken, daß diese B. P. als eine bloße decretalis, kein Erbrecht giebt; Paulus aber ausdrücklich sagt: *etiamsi furiosus heres existat.* Man war zwar freylich vor Justinian über die Wirkung der B. P. furioso competentis uneins, wie aus *L. ult. Cod. cit.* zu ersehen ist. Es scheint aber doch schon vor Justinian diejenige Meinung die Oberhand behauptet zu haben, welche von ihm in der *L. ult. cit.* sanctionirt worden ist, wie auch Koch in seiner Schrift, über die Bonor. possessio §. 7. S. 86. ff. dafür hält.

POMPONIUS scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum infortiore exercente mercem contrahat.

Nach dem ersten Fragment, welches die Meinung Ulpian's enthält, scheint es, als ob die Infortiorische Klage gegen die Erben nur dann Statt finde, wenn der Vertragschleßer, unwissend, daß der Präponent gestorben sey, mit dem Factor desselben contrahirte. Nach der Meinung des Paulus hingegen, welche auch Pomponius hatte, wird die Klage zu Folge der andern Stelle auch dann gegen die Erben gestattet, wenn gleich der Contrahent wußte, daß der Präponent nicht mehr am Leben sey. Anton Faber⁷³⁾ sucht der Schwierigkeit durch eine Aenderung der Lesart abzuhefen. Er meint nämlich, man müsse, statt sciens, nesciens lesen. Allein auch davon abgesehen, daß diese Emendation von aller Auctorität entblößt ist, vielmehr die mit der gemeinen durchaus gleichlautende Lesart der besten Ausgaben, und die Auctorität der Basiliken⁷⁴⁾ gegen sich hat; so ist auch zu einer solchen Aenderung gar kein hinlänglicher Grund vorhanden, wie Justus Meier⁷⁵⁾ und

73) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11.

74) Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 1. Constit. 17. §. 3. Hier lauten die Worte so: Καὶ ἐπὶ τοῖς πρὸ τῆς ὑκείσεως τὴν κληρονομίαν συναλλάγμασιν ἐνέχεται ὁ κληρονόμος, εἰ μὴ καὶ μεμνημένος ἔστω. ὁ οὐτὲ ἐγκαλεῖται ὁ εἰδὼς ἀποθανεῖν τὸν δεσπότην, καὶ συναλλάσσει τῷ πραγματευομένῳ πρῶτον. i. e. Eorum quoque contractuum nomine, qui ante aditam hereditatem intercesserunt, hires tenetur, etiam si furiosus sit; nec imputatur ei, qui sciens dominum decessisse, cum infortiore, exercente mercem, contrahit.

75) Εὐροζῶν Iustinian. Decad. V. Cap. 5.

und Ulrich Zuber ⁷⁶⁾ schon längst gegen Faber gezeigt haben. Der ganze Fehler liegt darin, daß Faber von dem Grundfatz ausgeht, eine Bevollmächtigung endige sich mit dem Tode des Gewaltgebers, und nun glaubt er, das müsse auch eben so bey dem Institor seyn, weil er doch auch nur als ein Bevollmächtigter seines Principals anzusehen sey. Da nun bey der Bevollmächtigung nur dasjenige, was der Mandatar aus einer verzeihlichen Unwissenheit des Todes des Gewaltgebers gethan hat, der Billigkeit wegen als gültig anerkannt werden soll ⁷⁷⁾; so könne also auch nur das wahr seyn, was Ulpian sagt. Allein daß die Gesetze hier *propter utilitatem promiscui usus* absichtlich von den Regeln, die sonst bey der Bevollmächtigung gelten, abgewichert sind, erhellet klar aus den oben angeführten Gesetzstellen. Mag nun auch Ulpian immerhin sagen, derjenige, welcher mit dem Factor, ohne zu wissen, daß sein Herr tod sey, vor Antretung der Erbschaft contrahirt hat, habe die Institorische Klage gegen den Erben, so folgt doch daraus noch nicht, daß die Klage unstatthaft sey, wenn der Vertragsschließer von dem Tode des Präponenten Wissenschaft hatte. Denn Paulus lehrt das Gegentheil. Ein neuer Beweis, wie behutsam die Argumentation a contrario bey der Erklärung der römischen Gesetze zu gebrauchen sey. Faber beruft sich zwar noch auf die *L. 41. D. de reb. credit.* wo ein Herr seinen Sklaven seinem Kalendarium d. i. dem Geschäfte der verzinstlichen Ausleihe und Erhebung seiner Gelder vorgesetzt hatte, und dieser nach dem Tode seines Herrn, ohne hiervon Wissenschaft erhalten zu haben, die Geldgeschäfte

76) Eunomia Rom. Lib. XIV. ad L. 17. §. 2. et 3. D. h. c. pag 561. sqq.

77) §. 10. I. de mandato.

schäfte seines Herrn fortgeführt hatte. Hier werde nun ausdrücklich gesagt, die Schuldner, welche ihm Zahlung geleistet hätten, wären hierdurch zwar von ihrer Verbindlichkeit befreiet worden, aber doch nur insofern sie selbst nicht gewußt hätten, daß der Herr gestorben sey. Allein hieraus läßt sich gegen uns nichts beweisen. Denn hier trat der besondere im Gesetz angegebene Umstand ein, daß der Sklave von seinem Herrn im Testament war für frey erklärt und zum Miterben ernannt worden. Hierdurch also, und nicht durch den Tod des Herrn an sich, ward hier die Geschäftsverwaltung des Sklaven geendigt ⁷⁸⁾. Denn ein solcher Sklave, den sein Herr instituirt hatte, war gleich von dem Augenblick des Todes seines Herrn an ipso iure frey und Erbe, ehe er es noch selbst wußte, und ehe noch das Testament eröffnet war ⁷⁹⁾.

Der Gewerbsherr selbst kann jedoch nach der Strenge des Rechts gegen den Dritten, welcher mit dem Factor contrahirt hat, anders nicht klagen, als wenn entweder der institor eine unter desselben Gewalt stehende Person ist, oder der Präponent von dem Institor keine Befriedigung erhalten kann. In dem ersten Falle klagt er dann *actione directa*, in dem andern *actione utili ex contractu* ⁸⁰⁾.

Auffere

78) S. *Iac. CURIACIUS* ad Africanum Tractat. VIII, ad L. penult. D. de reb. credit. RAMOS del MANZANO Cap. II, §. 9. *Utr. HUBER* EUNOM. ROM. c. I. §. 2. pag. 562.

79) L. 58. D. de acquir. vel omitt. heredit.

80) Einige nennen die Klage gegen den Dritten *actio quasi institoria ex contractu*, die dem Präponenten zusteht, wenn der Factor nicht in desselben Gewalt ist, und er sich an demselben nicht erholen kann. S. *Schmidts* Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. Th. 5. §. 1403. S. 309.

Außerdem muß er sich eigentlich und zunächst an seinen Factor halten, und gegen diesen *actione mandati* oder *negotiorum gestororum* oder auch *actione locati* klagen, daß er ihm die aus dem geschlossenen Geschäft erworbene Klage *cedere* ⁸¹⁾). Ulpian lehrt dieses bestimmt, wenn er *L. 1. D. h. t.* sagt: *Sed non idem facit (sc. Praetor) circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur. Ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestororum.* MARCELLUS autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint. Die hier angeführte Meinung des Marcellus wird jedoch durch das folgende Fragment limitirt. *L. 2. D. eodem* sagt nämlich: *Eo nomine, quò institor contraxerit: si modo aliter rem suam servare non potest.* Allein heut zu Tage kann der Präponent ohne weiteres aus dem Contract gegen den Dritten mit der *actio utilis* klagen ⁸²⁾, wie auch bereits oben (§. 882.) bey der *actio exercitoria* bemerkt worden ist.

81) G. FORTIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IV. not. c. *ad EX-
BEN* de factoribus Diff. II. Cap. 8. pag. 303. und LAUTERBACH
Colleg. th. pr. Pand h. t. §. 12.

82) G. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und WEBER zu HÖPF-
NER'S Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1149.
Not. 2. S. 1111.

Lit. XIV. Tit. IV.

De tributoria actione.

§. 894.

Begriff und besondere Natur der *actio tributoria*.

Ganz verschieden von der Exercitorischen und Institorischen Klage ist III. die *actio tributoria*⁸³⁾. Diese Klagen hatten Statt, wenn die Direction der Handelsgeschäfte einem Factor übertragen worden ist; der sie für Rechnung und im Namen seines Herrn führt. Allein diese Klage setzt voraus, daß eine unter der Gewalt eines Familienhauptes stehende Person mit Wissen und ohne Widerspruch ihres Herrn oder Vaters selbst und im eigenen Namen ein Gewerbe treibt. Dort ist also von einer *merx dominica*, hier von einer *merx peculiaris* die Rede⁸⁴⁾. Wenn nämlich Jemand einer Person, die unter seiner väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt steht, ohne Unterschied des Geschlechts, erlaubt, Handelschaft zu treiben, er habe ihr nun entweder

83) Von dieser Klage handeln *Franc. DUARENUS* in *Comm. ad h. Tit. Pand. Oper. pag. 981. sqq.* *Ger. NOODT* *Comm. ad Dig. h. t. Oper. T. II. pag. 334.* *Io. VORT* *Comm. ad Pand. h. t. und Nic. Guil. DRESSL* in *Diff. de actionib. adjunctis. qualitatum. Cap. 5.*

84) *L. 11. §. 7. D. de institor. act.*
 Glück's Erläut. d. Pand. 14. Th.

weder ein Peculium dazu gegeben, oder sie habe sich den Fonds durch ihren Fleiß und Arbeit dazu erworben; sie macht aber nachher einen Bankrott; so verordnet der Prätor in seinem Edict⁸⁵⁾, der Vater oder Herr solle die Gläubiger zusammenberufen, und mit ihnen, sofern er selbst an die Handlung Forderungen hat, ohne sich jedoch hier auf das ihm sonst wegen des *peculii profectitii* zustehende *privilegium deductionis* berufen zu dürfen, die noch vorhandenen Handlungsmaaten, und was sonst noch aus deren Verkauf vorhanden ist, oder als Guthaben aussteht, ja sogar auch dasjenige, was bloß zu Einrichtung des Kaufladens angeschafft worden (*instrumentum tabernae*), verhältnismäßig theilen. Verweigert er diese Theilung arglistig, oder er hat bey der vorgenommenen Theilung betrügerisch gehandelt, und einen größern Theil seiner Forderung für sich abgezogen, als er den übrigen Gläubigern zugetheilt hat; so giebt der Prätor den Gläubigern die *actio tributoria*. Jedoch kann die Klage dadurch abgelehnt werden, wenn der Herr oder Vater den Gläubigern das ganze Waarenlager überläßt. Dann wird aber der Richter ins Mittel treten, und die Concursmaße unter die Gläubiger verhältnismäßig vertheilen. Folgende Gesessellen werden das Gesagte bestätigen.

§. 3.

85) *Ger. noodt* in *Comm. ad Dig. h. t.* hat die Worte des Edicts auf folgende Art hergestellt: *Si is, qui in aliena potestate esse dicitur, eo sciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine iudicium dabo, ut quod in eo merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo, in cuius potestate erit, singulari pro rata portione tribuatur; item si eius dolo malo factum erit, quominus tributum esse dicatur, quam debuerit, iudicium dabo, ut id praesetur.*

§. 3. I. *Quod tum eo, qui in aliena potest.* Introduxit et aliam actionem Praetor, quae *tributoria* vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo, eius rei causa, contractum erit: ita Praetor ius dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et caeteros creditores pro rata portione distribuatur: et ideo *tributoria* vocatur, quia ipsi domino distributionem Praetor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae *tributoria* appellatur.

Zur Erläuterung dieser Stelle verdient die griechische Paraphrase des Theophilus verglichen zu werden, welche ich hier nur nach der Keil'schen Uebersetzung beifügen will. Excogitavit et aliam Praetor actionem, quae TRIBUTORIA vocatur. Nam si servus meus circa peculiarem mercem suam negotiatus fuerit, neque iussu meo, neque mecum praeposente, attentante sciente et non contradicente, cumque eo contractus sit celebratus, Praetor sic de eo ius reddet: nam si evenerit, ut diversis debeat personis, sed et mihi domino debeat, (quod autem debere eum dici, naturaliter intelligendum, non legitime) ac servus advenerit, mercem secum habens: creditores Praetorem advenit, et is cogit dominum merces in medium proferre, et si quid ex mercibus dividendum, ac pecunia inde redacta fuerit, etiam hanc pro rata inter se et reliquos creditores distribuere. Sin autem ipse dominus, cui mercium distributio permessa est, quasdam ex iis subtraxerit, neque omnes in medium protulerit, et creditorum aliquis veniat querens ac dicens, pauciores merces, quam quae a servo ex illa negotiatione adlatae fuerint, in medium venisse, dabitur

tur ei adversus dominum actio TRIBUTORIA: per quam cogetur, quamcumque mercem occultaverit, in medium proferre. Dicitur autem TRIBUTORIA (sive divisoria) a verba DISTRIBUTUERE, quod est dividere.

L. 1. pr. D. h. t. Huius quoque Edicti non minima utilitas est: ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio duntaxat teneatur, cuius peculit aestimatio, deducto, quod domino debetur, sit) tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc Edicto in tributum vocatur.

§. 1. eiusd. L. Licet MERCE appellatio angustior, ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat, tamen PEDIUS libro XV. scribit, ad omnes negotiationes porrigendum Edictum.

§. 2. Peculiarum autem mercem non sicuti peculium accipimus: quippe PECULIUM deducto, quod domino debetur, accipitur: MERX PECULIARIS, etiamsi nihil sit in peculio (s. s.), dominum tributoria obligat, ita demum, si sciente eo negotiabitur.

§. 3. SCIENTIAM hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed (ut ego puto) non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit, et non protestatur, et contradicit, tenebitur actione tributoria.

§. 4. POTESTATIS verbum ad omnem sexum, item ad omnes, qui sunt alieno iure subiecti, porrigendum erit.

L. 5.

86) In den Schollen der Basiliken Tom. II. pag. 359. wird dies so erklärt: licet id, quod domino debetur, peculium absumat.

L. 5. §. 2. D. eodem. Sed et si *antilla* negotiabitur, admittendam tributoriam dicimus.

L. 2. D. eodem. Ut tamen merx, qua peculiari-ter negotietur, ad nos pertineat⁸⁷⁾.

L. 5. §. 4. D. eodem. MERCH. NOMINE merito adiicitur, ne omnis negotiatio, cum eo facta, tributoriam inducat.

§. 5. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, et quod eo nomine receptum est.

§. 6. In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

§. 7. Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa? et LABEO ait, ex quacunque causa ei debeatur; parvique referte, ante mercem, an postea ei debere quid servus coeperit; sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.

L. 5. §. 11. D. h. t. Non autem totum peculium venit in tributum, sed id duntaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent, sive pretium earum receptum, conversumve est in peculium.

§. 12. Sed et si adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam, quibus solebat servus distrahere, hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum.

§. 13.

87) Der Vater mag entweder dem Sohne die Waaren zu seinem eigenen Gewerbe angeschafft, oder der Sohn sich selbst durch seinen Fleiß und Arbeiten den Fonds zu seiner Handlung erworben haben. C. Tit. Inst. Per quas personas nobis acquiritur.

§. 13. Si praeter mercem servus iste *in taberna habeat instrumentum*, an hoc quoque tribuatur? Et LABEO ait, *et hoc tribui*: et est aequissimum. *Plerumque enim hic apparatus ex merce est; immo semper.* Caetera tamen, quae extra haec in peculium habuit, non tribuentur: utputa argentum habuit, vel aurum: *nisi si haec ex merce comparavit.*

§. 19. Tributio autem fit *pro rata tuis, quod cuique debeatur.*

L. 6. D. eodem. Non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, *sed aequalem conditionem quandoque agentium.*

L. 7. §. 1. D. eod. Quid tamen, si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere; sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? *Pedius refert, audiendum eum.* Quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem Praetor debet dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.

§. 3. Si cuius *dolo malo* factum est, quominus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet: *quae actio dolum malum coercet domini.* *Minus autem tribuere* videtur, etiam *si nihil tributum sit.* Si tamen ignorans in merce servum habere, minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse.

§. 3. Sed et si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut villioris data opera distraxit; vel si ab emptoribus pretium non exegerit: dicendum erit, teneri eum tributoria, *si dolus intervenit.*

§. 4. Sed et si *negaverit dominus cuiquam deberi*, videndum erit, an tributoriae locus sit? Et est verior LABEONIS sententia, *tributoriam locum habere*, alioquin expediet domino negare.

L. 12. D. eodem. JULIANUS lib. 12. *Digestorum* respondit, *Tributoria actione* tunc demum agi potest, cum dominus, in distribuendo pretio mercis, *Edito Praetoris non satisfacit*: id est, cum maiorem partem debiti sui deduxit, quam creditoribus tribuit: veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit: cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere.

Aus diesen Stellen ergibt sich also folgender Begriff. Die Tributörifche Klage ist diejenige prätorifche Perfonalklage, welche den Gläubigern, die mit einer unter väterlicher oder herrfchaftlicher Gewalt ftehenden, und mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters oder Herrn, nicht in der Eigenschaft eines Factors, sondern im eigenen Namen Handelschaft treibenden Person, in Rückficht dieses Verkehrs contrahirt haben, als eine adiectitia qualitas gegen den Vater oder Herrn zuffteht, und dahin gerichtet wird, den Beflagten, wenn er die Theilung der noch vorhandenen Handelswaaren argliftig verweigert, rechtlich anzuhalten, daß er diefe Waaren, und was dazu gehört, verhältnißmäßig unter fie vertheile, und fie wegen ihrer Forderungen daraus befriedige, oder im Falle einer vorgenommenen ungleichen Theilung, dasjenige herausgebe, oder erfefe, was der Kläger durch den Dolus des Beflagten zu wenig erhalten hat.

Mets

Meldet sich vor der Hand nur ein Gläubiger, und verlangt, daß ihm seine Forderung ganz zugetheilt werde; so kam er sie zwar erhalten. Er muß aber Caution leisten, daß er, falls sich etwa nachher noch mehrere Gläubiger finden sollten, das Zuvielerhaltene wieder herausgeben wolle⁸⁸⁾.

Fast alle sagen, die *actio tributoria* gehe nur auf Abänderung einer ungleichen Theilung⁸⁹⁾. Cujaz⁹⁰⁾ erklärt daher die *actio tributoria* durch *correctio iniquae distributionis mercium peculiarium, a patre vel domino factae dolo malo inter eum, et alios mercium creditores, in quibus filiusfamilias vel servus negotiatur sciente eo*. Allein die angeführten Gesetstellen, und auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase lehren ganz bestimmt, daß die Klage auch auf die Theilung selbst gerichtet werden konnte, wenn sie der Herr oder Vater arglistig verweigerte, wie auch Doneau⁹¹⁾,
Duae

88) L. 5. §. 19. D. h. t. Si unus creditor veniat, desiderans tribui integram portionem, consequitur; sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint, mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste; *pro rata se refusurum, si forte alii emerferint creditores.*

89) WINNIUS, Iustus a COSTA, Ev. OTTO in Comm. ad §. 3. l. Quod cum eo, qui in aliena potest. Auf. SCHULTING The-
sium controversar. Decad. LIII. Th. 7. et §. Ulr. HUBER Prae-
lect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 6. Io. Jac. WISSENBACH
Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVIII. Th. 33. POTHIER
Pandect. Justinian. h. t. Nr. XV. not. a. pag. 411. DRESSL
cit. Diff. Cap. V. §. 1. u. 6. m.

90) Paratitia in libros L. Digestor. h. Tit.

91) DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. Quod cum eo, qui in
aliena potest. est. nr. 7.

Duaren⁹²⁾, Voet⁹³⁾, Wesenbec⁹⁴⁾, Müller⁹⁵⁾, Emminghaus⁹⁶⁾ und Thibaut⁹⁷⁾ ganz richtig behaupten.

Darin sind jedoch, mit Zustimmung der angeführten Gelehrten, alle einverstanden, daß diese Klage immer einen Dolus von Seiten des Beklagten voraussetzt. Daher geht sie auch gegen die Erben nach dem röm. Recht nur insoweit, als sie durch den Vertrag ihres Erblässers bereichert worden sind⁹⁸⁾. Denn man betrachtet sie als eine actio ex delicto⁹⁹⁾, wenn sie gleich dem Gegen-

stande

92) Comm. ad h. Tit. cap. 3.

93) Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

94) Comm. ad Pand. h. tit.

95) Ad Struvium Ex. XX. Th. 43. not. a.

96) Ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 1. not. b.

97) System des Pand. R. 1. Band §. 370.

98) L. 7. §. 5. D. h. t. Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo duntaxat, quod ad eum pervenit.

99) Viele halten zwar die actio tributoria für eine actio ex contractu. S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 7. §. 5. D. h. t. MÜLLER ad Struvium Exercit. XX. Th. 43. not. 7. ZCKOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 2. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Q. 2. not. c. u. SCHMIDT Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1428. Allein die L. 8. D. h. t. enthält keinen hinlänglichen Beweis für diese Meinung. Denn wenn es daselbst heißt: *Quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet. Quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius, perpetuo teneri debet, propter factum defuncti: quamvis non aliter, quam dolo interveniente, competat;* so ist der Sinn dieser Stelle in Verbindung mit der vorhergehenden bloß der, wenn gleich die actio tributoria einen Dolus

von

stande nach nur persecutorisch ist. Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts findet aber die Klage gegen die Erben schlechthin statt, soweit nämlich die Erbmasse zureicht¹⁰⁰⁾. Dies gilt jedoch nur in dem Falle, wenn der Erbe ex dolo defuncti belangt wird. Denn wegen seines eigenen Dolus haftet natürlich der Erbe unbedingt¹⁾. Gegen den successor singularis hat jedoch die tributorsche Klage nicht Statt, wohl aber die actio de peculio²⁾.

Ist bey der Vertheilung blos ein Versehen vorgegangen, wodurch die Ungleichheit verursacht wurde, so ist die actio tributoria nicht anwendbar, sondern der Berleßte muß seine Entschädigung an dem suchen, welcher zuviel empfing³⁾.

Die actio tributoria kommt jedoch noch in einer andern besondern Beziehung vor, welche uns Ulpian

L. 5.

von Seiten des Beklagten voraussetzt, so habe sie doch nicht die Eigenschaft der actio doli specialis, sie sey daher weder, wie diese, eine actio temporalis, noch famosa. Man vergleiche nur hierüber die *Basilica* T. II. pag. 356. *Const.* 8. *WISSENBACH* Exercitat. Disput. XXVIII. Th. 23. *COCCETTI* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. und *ROTHIER* Pand. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

100) *S.* *KLEINSCHROD* Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* Totiens enim in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

2) *L.* 10. *D. h. t.*

3) *S.* *VOET* Comm. h. t. §. 5. und *Thibaut* Syst. des P. R. I. B. §. 370.

L. 5. §. 15. et 16. D. h. t. lehrt. Wenn nämlich der *filiiusfamilias* oder Knecht mehrere verschiedene Handlungen getrieben hat, so können die Creditoren einer jeden einzelnen Handlung mittelst der gedachten Klage auf Separation dringen, und verlangen, daß sie aus dem Vorrathe derjenigen Waarenhandlung befriediget werden, in Rücksicht deren sie ihm creditirt haben. Er sagt nämlich: *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi; utputa, duas negotiationes exercebat, puta sagariam ⁴⁾, et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi, creditit. — Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae (verbi gratia) quam ad *Bucinum* ⁵⁾ habuit, ratiocinator; alius quam trans Tiberim: aequissimum puto, separatim tribu-*

4) *Negotiatio sagaria* heißt ein Handel, der mit einer gewissen Art Kleidung getrieben wurde, welche die Römer *sagum* nannten. Man verstand darunter ein dichtes Gewand, oder Mantel aus Wolle, dessen sich die Römer, als einen Ueberrock, wider die rauhe Witterung bedienten. Besonders aber nannte man *Sagum* die Kriegskleidung der Soldaten im Felde. S. SUETONIUS in Aug. c. 26. CAESAR de B. C. I. 75. SILIUS XVII. 531. und ADAMS Handbuch der Röm. Alterthümer. 2. Th. S. 668. u. 763.

5) Die Florentinische Ausgabe liest *Hucinum*. Allein schon LAURELLI hat am Rande die richtigere Lesart bemerkt. Es scheint ein Ort zu Rom dießseits der Tiber gewesen zu seyn. S. BREXLMANN'S Bemerkung in dem Gebauerischen Corp. juris.

tributionem faciendam: ne ex alterius re merceve alii
indemnitas fiant, alii-dammum sentiant 6).

Haben hingegen unter den Gläubigern einige berr
Eohn oder Sklaven namentlich Gelder zur Anschaffung
der Waaren creditirt, so können sie an diesen Waaren,
wenn sie auch noch in Natur vorhanden wären, kein
Vorzugsrecht behaupten, und daher nicht verlangen, daß
solche allein zu ihrer Befriedigung angewendet werden,
wosfern sie ihnen nicht besonders verpfändet worden sind.
Sie gehören also mit zu der zu vertheilenden Masse 7).
Ein Anders ist es, wenn Gläubiger Waaren geliefert ha-
ben, ohne auf Credit gehandelt zu haben. Diesen kommt
unfrei-

6) *Ant. SCHULTING* Thes. controv. Dec. LIII. Th. 9. glaubt,
diese Vorschrift habe nur bey Sklaven Statt gefunden. Denn
sie habe in dem besondern Zustand derselben ihren Grund, weil
Sklaven im Sinn des Eollrechts keine Personen gewesen wä-
ren. Es sey also kein Gebrauch davon zu machen, wenn man
einer freyen Person in einem solchen Falle, da sie mehrere Ne-
gotiationen trieb, creditirt habe. Allein der in L. 5. §. 16. in fin.
h. t. angeführte Grund ist ganz allgemein. Es hat daher kei-
nen Zweifel, daß sie auch bey *aliofamilias* anwendbar sey.
Man sehe *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 5. §. 15. D.
h. t. *HUZER* Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Io. SCHILTER*
Prax. iur. Rom. Ex. XXVII. §. 51. und besonders *Io. VOZT*
Comment. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. wo man jene Meinung
ausführlich widerlegt finden wird. Hiermit stimmen auch *coc-
CEJ* iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. überein. Die Gründe pro
und contra hat *EMMINGHAUS* not. d. u. a. hinzugefügt.

7) L. 5. §. 17. D. h. t. Plane, si in eandem tabernam mercea
deferbantur, licet hac, quae existit, ex unius creditoris pe-
cunia sint comparatae, dicendum erit, omnes in tributum ve-
nire, nisi fuerint creditori pignoratee.

unstreitig ein Vindicationsrecht zu, weil das Eigenthum derselben vor der Bezahlung des Kaufgeldes nicht übergegangen ist *). Auch gehen diejenigen Gläubiger vor, die sich auf den Waaren ein Pfandrecht haben lassen *).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Tributorische Klage nur eigentlich die Waaren zum Gegenstande hat, mit denen Handeltshafte getrieben worden ist, und was etwa, wie schon oben bemerkt wurde, noch dahin zu rechnen ist. Sie geht also nicht auf das ganze Peculium, welches der handelnde Sohn oder Sklave von dem empfing, unter dessen Gewalt er steht. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der *actio de peculio*, welche auf das ganze Peculium geht, worunter denn auch natürlich die Handelswaaren mit begriffen sind. Nun kann vielleicht nur die Hälfte des Peculiums auf das Waarenlager verwendet seyn, oder vielleicht noch weniger. Der Herr oder Vater kann vielleicht auch gar nichts zu fordern haben, so daß der Kläger auch von dem sonst bey der *actio de peculio* dem Vater oder Herrn zustehenden Vorzugsrechte nichts zu besorgen hat. Daher kann es zuweilen besser seyn, de *peculio*, als tributorisch zu klagen, wie uns *Cajus L. 11. D. h. l.* belehrt, wenn er sagt: *Aliquando etiam agentibus expe-*

dit
 8) *L. 5. §. 18. D. eodem.* Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari? et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habet: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias defendant esse meae, quamvis vendidero, nisi vere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse.

9) *L. 5. §. 8. D. eodem.*

dit potius *de peculio agere, quam tributoria*. Nam in *haec actio*, de qua loquimur, hoc solum in divisionem venit, quod in *mercibus est, quibus negotiatur*; quodque eo nomine receptum est: at in *actio* *de peculio* totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur: et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii, aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat. Daber erklärt sich denn auch, wenn Ulpian *L. 9. §. 1. D. eodem* sagt, beyde Klagen concurrirten electivisch, so daß die eine Klage durch Anstellung der andern aufgehoben werde, es müßte denn etwa jede derselben wegen anderer Puncte (*ex alia causa*) angestellt worden seyn.

§. 895.

Heutiger Gebrauch dieser Klage.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieses Titels sind die practischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige¹⁰⁾ wollen der Tributorischen Klage allen heutigen Gebrauch absprechen. Sie sagen, Römische Sklaven haben wir in Teutschland nicht mehr, und unsere Söhne, wenn sie in eigenem Namen Handlung treiben, werden hierdurch auch von der väterlichen Gewalt befreiet, und sind gleichsam für stillschweigend emancipirt zu halten, oder wenn auch dieses nicht überall der Fall seyn sollte, so wird sich doch Niemand leicht mit ihnen in Geschäfte einlassen, bevor

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. *Gr.* BEYER Delineat. iuris civ. h. t. pag. 295. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 10. §. 17. not. 2. DRESSL Diff. de actionibus. adjecticiar. qualitarum. Cap. V. §. 3. n. 2. m.

bedor sie nicht gewaltsrey geworden sind. Dagegen hat nun zwar Cocceji ¹¹⁾ nicht ohne Grund erinnert, daß Treibung eines Gewerbes an sich auch heut zu Tage die väterliche Gewalt nicht aufhebe, wenn nicht die Anstellung einer eigenen Haushaltung noch hinzukommt. Allein es steht noch ein anderer wichtigerer Grund den Vertheidigern jener Meinung zur Seite, nämlich daß die Tributorische Klage, welche dem Vater die Vertheilung des noch vorhandenen Waarenlagers seines Sohns unter die Gläubiger gestattete, eine Folge der richterlichen Gewalt war, welche der Vater bey den Römern vermöge der väterlichen Gewalt über seine Kinder ausüben konnte, und welche dagegen bey den Teutschen ganz unabhört ist. ¹²⁾ Sollte daher auch ein Sohn heut zu Tage während der väterlichen Gewalt Handlung treiben, und er mache einen Bankerott, so wird der Richter den Concurſ eröfnen, und die Auftheilung der Masse keinem Andern überlassen. So urtheilen Westphal ¹³⁾, Höpfner ¹⁴⁾ und Emminghaus ¹⁵⁾. Alles beweist indessen doch nur so viel, daß der Gebrauch der Tributorischen Klage heut zu Tage seltener sey, als er bey den Römern war. Demohingeachtet kann man den Grundsätzen dieses Titels nicht alle Anwendung absprechen, wie auch Schiltzer ¹⁶⁾,

Stryk,

11) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

12) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 138. S. 275.

13) Teutsches Privatrecht. 2. Th. Abh. 49. §. 1. S. 96.

14) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1152.

15) Ad cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 4. Not. g.

16) Prax. juris Rom. Exerc. XXVII. §. 47.

Steyß ¹⁷⁾; Müller ¹⁸⁾ und Schmidt ¹⁹⁾ nicht ohne Grund bemerkt haben. Man sehe z. B. den Fall, der Vater hätte seinem Sohne eine Handlung etablirt, welche dieser, ohne sich von dem Vater zu trennen, während der väterlichen Gewalt in eigenem Namen führte. Er macht aber einen Bankrott. Die Gläubiger, zur Vermeidung der Kosten, verlassgen von dem Vater, daß er, gleichsam als Arbitr, die Waaren mit ihnen theile. Wie wenn der Vater arglistig eine ungleiche Theilung gemacht hätte; sollte die tributorsche Klage nicht noch jetzt anwendbar seyn? Daß indessen die Grundsätze dieses Titels doch mit Behutsamkeit anzuwenden sind, zeigt Struben ²⁰⁾ durch das Beispiel der L. 5. §. 15. et 16. D. h. t.

17) Uf. mod. Pand. h. t. §. 1.

18) Systema Pandect. P. III. Tit. XI. §. 938.

19) Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1432. S. 340 f.

20) Rechtliche Bedenten 3. Th. Ved. 108.

Lib. XIV. Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

§. 896.

In wiefern kann eine unter der Gewalt eines Familienhauptes stehende Person aus ihren Contracten selbst belangt werden? und in wiefern findet eine Klage gegen den Patersfamilias statt?

Wer mit einer unter der Gewalt eines Familienhauptes stehenden Person einen Contract schließt, hat, ausser den bisher erklärten Klagen, noch manche andere gegen denjenigen, in dessen Gewalt sich diese Person befindet. Es kann bald mit der *actio quod iussu*, bald mit der *actio de in rem verso*, und wenn alle Klagen nicht hinreichen, mit der *actio de peculio* klagen. Omnia enim Proconsul agit, sagt Cajus L. 1. D. h. t. ut, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est *exercitoria*, *insistoria*, *tributoria*, nihilominus tamen, in quantum ex bono et aequo res patitur, suum consequatur. Sive enim *iussu eius*, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, *in solidum* eo nomine iudicium pollicetur: sive non *iussu*, sed tamen *in rem eius versum fuerit*, eatenus introducit actionem, *quatenus in rem eius versum fuerit*: sive neutrum eorum sit, *de peculio actionem* constituit. Es fragt sich aber in

Glücks Erlaut. d. Pand. 14. Th. I wie

wiefern die Person selbst belangt werden könne, mit der man contrahirt hat? Das römische Recht macht einen Unterschied, ob es ein Sklave, oder ein Sohn vom Hause ist. Im ersten Falle entstand zwar aus einem solchen Geschäft eine obligatio naturalis²¹⁾; allein eine Klage hatte weder nach dem Civil - noch nach dem Prätorischen Rechte gegen den Sklaven, auch nicht einmal nach erfolgter Manumission desselben, statt²²⁾. Nur gegen den Herrn desselben konnte nach dem iure praetorio mit der actio de peculio geklagt werden²³⁾. In dem letztern Falle verhielt sich die Sache ganz anders. Ein filiusfamilias wurde im Verhältniß zum Staat als eine rechtsfähige Person anerkannt, dahingegen der römische Sklave für bürgerlich tod gehalten wurde²⁴⁾. Erster kann daher nicht nur alle Arten von Contracten, nur das Gelddarlehn ausgenommen, gültig schließen, sondern auch daraus sowohl während der väterlichen Gewalt, als nach deren Aufhebung gerichtlich belangt werden²⁵⁾. Er braucht auch nicht einmal die Großjährigkeit erreicht zu haben, um ein Geschäft schließen zu können. Es ist genug, wenn er nur wenigstens Pubes ist. Cajus sagt dieses ausdrücklich L. 141. §. 2. D. de Verb. obligat.

wo

21) L. 14. D. de obligat. et action.

22) L. 17. D. de negot. gest. L. 1. et tbt. tit. Cod. An servus pro suo facto post manumissionem teneatur. S. DONELLUS in Comm. ad Tit. hunc Cod. n. 62. und diesen Commentar 2. Th. §. 119. S. 141.

23) L. 41. D. de peculio.

24) S. diesen Commentar 2. Th. §. 192. S. 231. u. f.

25) L. 39. D. de obligat. et act. Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum paterfamilias, potest.

wo es heißt: *Pupillus*, licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest; tamen, si in parentis potestate est, *ne auctore quidem patre* obligatur: PUBES VERO, qui in potestate est; proinde, ac si *paterfamilias*, obligari solet. Von den Contracten solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, ist nun besonders in diesem Titel die Rede. Hat also Jemand mit einem *filiusfamilias* contrahirt, so bekommt er dadurch zwey verschiedene Schuldner, an die er sich halten kann. Gegen den Sohn kann er nach dem Civilrechte aus dem geschlossenen Contract auf das Ganze klagen, wenn ihm auch der Vater das *Peculium* wieder genommen hätte; gegen den Vater aber findet nach dem prätorischen Rechte nur *actio de peculio* statt, sovelt nämlich das *Peculium* nach Abzug dessen, was dem Vater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Folgende Gesetze sind hier merkwürdig.

L. 44. D. de peculio. Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio.

L. 45. D. eodem. Ideoque, si pater filio peculium ademisset, nihilo minus creditores cum filio agere possunt.

L. 9. §. 2. sqq. D. eodem. Peculium autem, deducto, quod domino, vel patri debetur, computandum est.

Es sind nun, wenn der Gläubiger gegen den Sohn klagt, zwey Fälle zu unterscheiden.

A. Der Gläubiger klagt, während der Sohn noch in der väterlichen Gewalt ist. Dann hat der Sohn entweder

ein eigenes, von dem Rechte des Vaters ganz unabhängiges und freyes Vermögen, wovon er Zahlung leisten kann, oder nicht. In dem ersten Falle kann auch die Execution noch während der väterlichen Gewalt vollstreckt werden. Ist jedoch der Schuldner noch minderjährig, und durch den Contract, aus welchem er belangt wird, verletzt worden; so kann er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, welche jedoch nur dem Sohne, nie aber dem Vater zu Statten kommt, wie aus folgender Stelle Ulpian's zu ersehen ist.

L. 3. §. 4. D. de minorib. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, *filiumfamilias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius inter sint: puta, si sit obligatus.* Proinde si iussu patris obligatus sit: pater utique poterit *in solidum conveniri*; filius autem (cum et ipse possit, *vel in potestate manens conveniri*, vel etiam *emancipatus*, vel exheredatus, *in id, quod facere potest*: et quidem *in potestate manens, etiam invito patre ex condemnatione conveniri*) auxilium impetrare debet, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prodest, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, *excepta mutui datione* ²⁶⁾: in hanc enim, si *iussu patris*

mu-

26) Die Ausnahme, welche hier Ulpian in Ansehung des Darlehens macht, hat den Auslegern ungemein viel Schwierigkeit verursacht. Eujas weiß sich dieses besondere Recht anders nicht zu erklären, als so, weil diejenigen, welche einem filiusfamilias Geld borgen, schon durch das *SCrum Macedonianum* genug

mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur. Proinde et si *sine iussu patris* contraxit, et *captus est*: si quidem pater *de peculio* conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui. In dem letztern Falle aber, da der Sohn kein eigenes freyes Vermögen besitzt, findet zwar dennoch die Klage, auch schon während der väterlichen Gewalt gegen denselben statt; allein die Execution muß so lange ausgesetzt bleiben, bis der Schuldner *sui iuris* geworden ist ²⁷⁾. Dann erst kann er mit

genug geächtet werden, so habe man es für billig gehalten, sie wenigstens in dem Falle, da dieses Senatusconsult weg fällt, gegen alle weiteren Einreden zu schützen. Anton Faber hingegen in Rational. in Pand. ad h. L. will die ganze Ausnahme nicht gelten lassen, sondern hält die Stelle: *excepta mutui datione — non adiuvatur*, für eine in den Text eingeschlichene Glosse eines unwissenden Auslegers. Allein beyde haben unrecht. Mit Recht sagt Ulpian, daß ein *filiusfamilias*, welcher Geld geborgt hat, wenn er gleich noch minderjährig ist, deshalb nie restituirt werde. Denn hat er es für sich und in eigenem Namen geborgt, so ist er schon durch die Exception des Macedonischen Senatusconsults auf immer gesichert. Hat er aber das Geld für seinen Vater auf Befehl desselben aufgenommen, so ist er *ipso iure* gegen jeden Anspruch gedeckt, weil er hier nicht belangt werden kann, sondern die *actio mutui* gegen den Vater ange stellt werden muß, in dessen Namen und auf dessen Befehl der Sohn das Geld aufgenommen hat. L. 5. pr. D. Quod iussu. L. 4. C. h. t. So wäre also das Räthsel ohne alle Schwierigkeit aufgelöst. Man sehe über diese Stelle DOMPIERRE de JONQUIERES Specim. de restitutionib. in integrum Tit. IV. §. 79. pag. 293. sq. und PET. de GREY. Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VI. §. 3. pag. 143.

27) S. VOET Comm. h. t. §. 1. Unrichtig sagt HÖPNER im Come

mit der *actio iudicati* belangt werden. So lehrt Paulus *L. 5. pr. D. h. t.* wo er sagt: *Si filiusfamilias, vivo patre, conventus et condemnatus sit; in emancipatum vel exheredatum, postea iudicati actio in id, quod facere potest, danda est.* Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der *filiusfamilias* in eigenem Namen contrahirt habe. Denn hat er das Geschäft für den Vater auf dessen Befehl geschlossen, so kann nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Vater daraus geklagt werden, wie aus *L. 4. Cod. h. t.* erhellet, wo Kr. Antonin rescribirt: *Si ex contractu patris iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus eius conveniaris.*

B. Der Sohn wird wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden belangt, nachdem er von derselben frey geworden ist. Hier kommt es nun darauf an, ob er ein zur Bezahlung seiner Schulden hinreichendes Vermögen besitzt, er ist z. B. Erbe seines Vaters geworden; oder nicht. In dem ersten Falle muß er seine Gläubiger ganz befriedigen, und es kann deshalb die Execution in sein Vermögen vollstreckt werden. So sagt Paulus *L. 5. §. 1. D. h. t.* *Si filio exheredato, ex Scto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debet, in quantum facere potest, sed in solidum condemnari; quia effectus quodammodo heres est.* In dem letzten Falle hingegen, da er von

Commentar über die Institutionen §. 1158. wenn der Sohn gar kein *pecullum*, oder nur ein *pecullum adventitium regulare* hat, so könne er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Man sehe vielmehr *de coccej. lus civ. controv. h. t. Qu. 1.*

von seinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, oder bey dessen Leben emancipirt, oder sonst aus der väterlichen Gewalt befreit worden ist, und kein hinlängliches eigenes Vermögen besitzt, müssen ihm die Gläubiger die Wohlthat der Competenz gestatten. Der Prätor hat deswegen zum Besten der Söhne ein eigenes Edict gemacht, welches Ulpian *L. 2. pr. D. h. t.* mit folgenden Worten anführt: *Ait Praetor, sagt er, in eum, qui emancipatur, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate, cum moritur, fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, causa cognita, dabo, IN QUOD FACERE POTEST.*

§. 897.

Beneficium competentiae der Söhne.

Unter der Rechtswohlthat der Competenz wird diejenige Rechtswohlthat verstanden, vermöge welcher einem Schuldner, um seinen Gläubiger zu befriedigen, nicht alles, was er hat, genommen werden darf, sondern ihm wenigstens soviel, als zu seinem standesmäßigen Unterhalt nöthig ist, gelassen werden muß²⁸⁾. Sie wird auch

28) *L. 173. pr. D. de div. reg. iuris.* In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. Man sehe auch *L. 19. §. ult. in fin. D. de re iud.*

auch *privilegium deductionis* genennet. Wir haben hierüber folgendes zu bemerken.

I. Der Schuldner, dem diese Wohlthat zukommt, kann vermöge derselben nur auf diejenigen Alimente rechnen, deren er nach seinem Stande nothwendig bedarf. Das Quantum ist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, und dabey nicht blos auf seine Person, sondern auch auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, denen er selbst den Unterhalt zu geben schuldig ist, nämlich auf dessen Frau und Kinder, so wie auch auf die ihm nöthige Bedienung ²⁹⁾.

II. Der Schuldner, der sich dieser Rechtswohlthat bedienen will, muß durch ein Verzeichniß seines Vermögens die Unzulänglichkeit desselben nachweisen, um seinen Gläubigern die Schuld ganz bezahlen zu können, ohne an dem Bettelstab zu gerathen ³⁰⁾.

III. Die Rechtswohlthat der Competenz leidet nach der Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung. Sie kommt daher weder den Erben, als solchen, noch den Bürgen ³¹⁾, sondern nur denjenigen Schuldnern zu statten, welchen die Gesetze diese Wohlthat erteilen ³²⁾. Jedoch kann sich solche der Schuldner auch bey Schließung des
Con-

29) Arg. L. 125. D. de verb. signif. L. 4. §. 1. D. de ventro in possess. mitt. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obf. 86. Cap. IV. Th. 3. §. 5. Struben rechtliche Bedenken. 1. B. Bed. 6. CARPZOV P. I. Const. 32. Def. 16. et 17.

30) Nov. 135. cap. 1.

31) L. 24. et L. 25. D. de-re iudicata.

32) Davon handelt Hellfeld §. 1802.

Contracts auf den Fall der etwa eintretenden Insolvenz ausbedingen³³⁾).

IV. Die Competenz kommt jedoch dem Sohne auch dann noch zu statten, wenn er auch schon bey Lebzeiten des Vaters wäre belangt, und zur Bezahlung der Schuld rechtskräftig verurtheilt worden³⁴⁾; die Schuld rühre aus einem Contract oder Quasi-Contract her, z. B. aus der Führung einer Vormundschaft³⁵⁾, wenn nur die Schuld noch während der väterlichen Gewalt entstand. Denn wegen der nachher gemachten Schulden hat der Sohn kein Privilegium mehr³⁶⁾).

V. Die Fälle, wo dem Sohne die Wohlthat der Competenz zusteht, sind, wenn er emancipirt, oder auf andere Art von der väterlichen Gewalt befreiet worden ist, und der Vater hat ihn enterbt, oder der Sohn hat sich selbst der väterlichen Erbschaft entschlagen, oder der Vater hatte ihn mit einem Universal-Fideicommiss beschwert, und der Sohn ließ sich zur Annehmung und Abtretung desselben zwingen, so daß ihm nun zur Strafe gar nichts übrig blieb, oder der Vater hatte ihn ex minima parte instituit. In allen diesen Fällen soll gegen den Schuldner die Klage nur in id, quod facere potest, Statt haben, wie Ulpian³⁷⁾ und Paulus³⁸⁾ lehren. Die Ausleger sind hier nicht einig,

33) L. 49. D. de pactis.

34) L. 5. pr. D. h. t.

35) L. 37. §. ult. D. de administr. et periculo tutorum.

36) L. 37. §. ult. D. cit. ut de eo quidem, quod post emancipationem gestum est, in solidum conveniri possit.

37) L. 2. §. 1. D. h. t.

38) L. 5. §. 2. D. eodem.

nig, was die Worte: *ex minima parte* sagen wollen, deren sich nicht nur Ulpian³⁹⁾, sondern auch Sävola⁴⁰⁾ bedient. Die meisten erklären sie vom Pflichttheile⁴¹⁾, weil doch der Vater seinen Kindern weniger nicht hinterlassen könne. Allein richtiger behaupten andere⁴²⁾, daß die *pars minima* im Verhältniß zur Größe der contrahirten Schuld zu verstehen sey. Diese Erklärung wird dadurch noch mehr bestätigt, wenn Ulpian⁴³⁾ sagt, daß auch dann, wenn der Sohn *ex parte non modica*⁴⁴⁾ zum Erben eingesetzt worden sey, und er werde von einem Gläubiger auf das Ganze belangt, der Richter auch hier zu beurtheilen habe, ob er auch das Ganze zu bezahlen im Stande sey, ohne seinem standesmäßigen notwendigen Bedürfniß zu nahe zu treten. Es wird also hierdurch zu erkennen gegeben, daß hier überall nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sey, ob dasjenige, was der Sohn von dem Vater geerbt hat, mit der Größe seiner während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden in einem solchen Verhältniß stehe, daß er das Ganze, ohne sich wehe zu thun, zu bezahlen im Stande sey, oder nicht.

VI. Auf keinen Fall kann jedoch der Sohn die ihm zustehende Rechtswohlthat der Competenz so weit ausdehnen, daß

39) L. 2. §. 1. D. eodem.

40) L. 7. D. eodem.

41) ACCURSUS in gloss. ad L. 2. §. 1. D. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. BRUNNEMANN Comm. ad L. 2. h. t. nr. 4.

42) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 57.

43) L. 4. pr. D. h. t.

44) POTHIER in Pand. Iustia. h. t. Nr. VI. not. a. glaubt, es müsse hier, ohne Regation, *ex parte modica* gelesen werden. Allein ganz ohne Grund.

daß er auch das von seinem Vermögen abziehen dürfte, was er noch anderen Gläubigern schuldig ist, mit welchen er erst, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreit worden, contrahirt hat. Dieses ist blos ein Vorrecht für den Schenker, daß er, wenn er aus der Schenkung belangt wird, auch von seinem Vermögen noch die sonstigen Schulden abziehen darf, und dann erst gegen den Donatar sich der Einrede der Competenz bedienen kann. Auffer diesem ist dies keinem andern Competenzschuldner gestattet, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 19. §. 1. D. de re iudic. Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur: et quidem is solus deducto aere alieno.

L. 49. D. eodem. Et exheredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest, condemnandum. Quemadmodum autem facere posse credatur, videntum est: utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur? an ut maritus et patronus, nullo deducto aere alieno? Et indubitati iuris est, ad similitudinem viri et patroni ei detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.

L. 50. D. eodem. Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur.

L. 53. D. Soluta matrim. Si filiofamilias dos data sit, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, in peculio rem; vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed *quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est.* — Atquin, si cum patre

patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri, vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio agatur, alterius debiti non fiet distractio in computatione, quantum facere possit filius.

L. 54. D. eodem. Maritus facere posse creditur, nullo deducto aere alieno: item socius, item patronus, parensve. At is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto, facere posse intelligitur.

Wenn also der Sohn, wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, nachdem er sui iuris geworden, von einem seiner Gläubiger belangt wird, und es nun zur Execution kommt; (denn nur auf das tempus rei iudicatae ist zu sehen, wenn die Frage davon ist, wie weit der Schuldner Zahlung leisten kann, ohne ihm sein standesmäßiges Bedürfniß zu entziehen, ⁴⁵) so kann er nicht sagen, ich habe noch mehrere Schulden, erst nach Abzug derselben kann man beurtheilen, wieviel mein Vermögen beträgt, und ob mir dann der nochdürftige Unterhalt noch übrig bleibe. Nein, es gilt hier, was Paulus sagt L. 19. pr. D. de re iudicata: Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, d. i. unter Gläubigern, welche alle dem Schuldner die Competenz gestatten müssen, occupantis melior conditio est: nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur. Also der Schuldner kann, um seine Competenz zu berechnen, nicht erst das von seinem Vermögen abziehen, was er noch andern Gläubigern schuldig ist; sondern wenn derjenige Gläubiger, welcher zuerst kommt, und den Schuldner auslagert, seine Befriedigung erhalten kann, ohne daß der Schuldner dabei an seinem standes-

45) L. 15. pr. D. Solutio matrimonio. S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. p. 1309.

Standesmäßigen Auskommen etwas verliert; so kann er seine Forderung mit Recht ohne Abzug verlangen. Dies heißt: *occupantis melior conditio est* ⁴⁶⁾. Denn die Gesetze wollen den *filiusfamilias* durch die ihm erteilte Wohlthat der Competenz blos sichern, daß er nicht gleich, nachdem er eine eigene Familie auszumachen angefangen hat, verarme und darbe ⁴⁷⁾. Dies ist nun aber hier nie zu beforgen. Denn melden sich auch nachher noch andere Gläubiger, welche nicht auf das Ganze klagen können, so darf er nie befürchten, daß er durch sie um seinen Lebensunterhalt komme, weil ihm ja durchaus nicht mehr genommen werden darf, als es sein standesmäßiges notwendiges Bedürfnis erlaubt. Es ist daher gar kein Grund vorhanden, warum der Schuldner dasjenige, was er diesen schuldig ist; demjenigen Gläubiger sollte abziehen dürfen, welcher zuerst geklagt hat. Denn es kann ihm nie ein Schaden daraus zu beforgen seyn, sondern blos den andern Gläubigern. Nun hat aber das Gesetz nur für den Schuldner gesorgt, nicht aber seine Gläubiger begünstigen wollen. Alles dieses bestätigt nun noch insonderheit Ulpian *L. 3. D. h. t.* wo er sagt: Sed an hic detrahi debeat, *quod aliis debetur, tractari potest? Et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem.* Er fügt nur blos die Limitation hinzu: *nisi si quis privilegiarius veniat; huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur.* Dies heißt aber doch auch nicht soviel, als ob der Sohn eine solche privilegirte Forderung selbst zuvörderst von dem Vermögen

46) §. 37. *L. de act. L. 10. D. de pecul.* DONELLUS cit. loc. pag. 1309. et 1411.

47) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3.

mögen abziehen könne, wovon die Competenz zu berechnen ist. Nein; sondern wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger meldet, der nun, nachdem schon ein anderer nicht privilegirter Gläubiger seine Befriedigung vor ihm erhalten hat, wegen der Competenz des Schuldners nicht mehr seine Bezahlung von ihm erhalten kann; so darf dieser zwar nicht darunter leiden, er kann aber sein Vorzugsrecht nur gegen den erstern geltend machen. Es ist also dieses bloß eine Ausnahme von der Regel, occupantis meliorem esse conditionem. Allein die folgenden Worte Ulpian's: Quod si qui sint, qui, posteaquam sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam, machen den Auslegern viele Schwierigkeiten. Ulpian sagt hier: wenn Gläubiger vorhanden sind, welche mit dem Sohne contrahirt haben, nachdem er schon von der väterlichen Gewalt befreiet war, so soll auf diese Rücksicht genommen werden. Heißt das so viel, es könne von dem Vermögen abgezogen werden, was diese zu fordern haben, so steht das mit dem Vorhergehenden in offenbarem Widerspruche. Nun wäre auch gar kein Unterschied mehr zwischen ihm, und einem Schenker. Denn auch der Schenker kann, wie Hugo Donellus⁴⁸⁾ sehr gründlich ausgeführt hat, die Forderungen solcher Gläubiger nicht abziehen, von denen er nur in id, quod facere potest, belangt werden kann, weil er kein Interesse dabey hat. Nur das aes alienum, dem die Einrede der Competenz nicht entgegengesetzt werden darf, kann der Donator in Abrechnung bringen⁴⁹⁾. Denn 36.

96

48) Commentar. iuris civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicata. pag. 1408. edit. Francof. 1626, fol.

49) L. 19. §. 1. D. de re iudicata.

ge er diese Schulden nicht ab, so wäre er gegen die Gefahr, darben zu müssen, wogegen ihn doch die Gesetze aus besonderer Begünstigung schützen wollen, nicht gesichert; well nachher noch andere Gläubiger kommen, und ihm das nehmen könnten, was er zu seinem nothdürftigen Unterhalt gebraucht. Dies hat er aber von andern Gläubigern nicht zu fürchten, welche ihm die Competenz gestatten müssen. Nun kann auch ein Sohn, wegen der erst nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, von den Gläubigern auf das Ganze belangt werden, ohne ihnen die Einrede der Competenz entgegen zu setzen ⁵⁰⁾. Könnte er nun diese abziehen, was wäre zwischen ihm und dem Schenker mehr für ein Unterschied? Um diesen Widerspruch zu heben, glaubt Donell, es sey hier von privilegierten Gläubigern die Rede. Allein richtiger erklärt jene Worte Voet ⁵¹⁾; wenn er sagt, daß keinesweges der Sinn derselben dahin gehe, als ob der Sohn die Schulden, welche er nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirt hat, abziehen könne: sondern es wären dieselben vielmehr so zu verstehen, daß wenn auch diejenigen Gläubiger, welche mit dem Sohne während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, schon in soweit ihre Befriedigung erhalten hätten, als der Sohn zahlen konnte, nämlich nach Abzug des nöthigen standesmäßigen Unterhalts; dennoch diejenigen Gläubiger, welche mit ihm erst, nachdem er sui iuris geworden, contrahirt haben, nichts desto weniger auf das klagen können, was dem Sohne noch durch das beneficium competentiae von seinem Vermögen übrig geblieben ist. In dieser Hinsicht sagt also Ulpian mit Recht: *horum rationem habendam esse,*

50) 37. §. ult. D. de administr. et periculo tutor.

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

mögen abziehen könne, wovon die Competenz zu berechnen ist. Nein; sondern wenn sich nachher noch ein privilegirter Gläubiger meldet, der nun, nachdem schon ein anderer nicht privilegirter Gläubiger seine Befriedigung vor ihm erhalten hat, wegen der Competenz des Schuldners nicht mehr seine Bezahlung von ihm erhalten kann; so darf dieser zwar nicht darunter leiden, er kann aber sein Vorzugsrecht nur gegen den erstern geltend machen. Es ist also dieses bloß eine Ausnahme von der Regel, occupantis meliorem esse conditionem. Allein die folgenden Worte Ulpian's: Quod si qui sint, qui, *postquam sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam*, machen den Auslegern viele Schwierigkeiten. Ulpian sagt hier: wenn Gläubiger vorhanden sind, welche mit dem Sohne contrahirt haben, nachdem er schon von der väterlichen Gewalt befreiet war, so soll auf diese Rücksicht genommen werden. Heißt das so viel, es könne von dem Vermögen abgezogen werden, was diese zu fordern haben, so steht das mit dem Vorhergehenden in offenbarem Widerspruche. Nun wäre auch gar kein Unterschied mehr zwischen ihm, und einem Schenker. Denn auch der Schenker kann, wie Hugo Donellus⁴⁸⁾ sehr gründlich ausgeführt hat, die Forderungen solcher Gläubiger nicht abziehen, von denen er nur in id, quod facere potest, belangt werden kann, weil er kein Interesse dabey hat. Nur das aes alienum, dem die Einrede der Competenz nicht entgegengesetzt werden darf, kann der Donator in Abrechnung bringen⁴⁹⁾. Denn so-

96

48) Commentar. iuris civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicata. pag. 1408. edit. Francof. 1626, fol.

49) L. 19. §. 1. D. de re iudicata.

ge er diese Schulden nicht ab, so wäre er gegen die Gefahr, darben zu müssen, wogegen ihn doch die Gesetze aus besonderer Begünstigung schützen wollen, nicht gesichert; wöll nachher noch andere Gläubiger kommen, und ihm das nehmen könnten, was er zu seinem nothdürftigen Unterhalt gebraucht. Dies hat er aber von andern Gläubigern nicht zu fürchten, welche ihm die Competenz gestatten müssen. Nun kann auch ein Sohn, wegen der erst nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, von den Gläubigern auf das Ganze belangt werden, ohne ihnen die Einrede der Competenz entgegen zu setzen ⁵⁰⁾. Könnte er nun diese abziehen, was wäre zwischen ihm und dem Schenker mehr für ein Unterschied? Um diesen Widerspruch zu heben, glaubt Donell, es sey hier von privilegierten Gläubigern die Rede. Allein richtiger erklärt jene Worte Voet ⁵¹⁾; wenn er sagt, daß keinesweges der Sinn derselben dahin gehe, als ob der Sohn die Schulden, welche er nach aufgehobener väterlichen Gewalt contrahirt hat, abziehen könne: sondern es wären dieselben vielmehr so zu verstehen, daß wenn auch diejenigen Gläubiger, welche mit dem Sohne während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, schon in soweit ihre Befriedigung erhalten hätten, als der Sohn zahlen konnte, nämlich nach Abzug des nöthigen standesmäßigen Unterhalts; dennoch diejenigen Gläubiger, welche mit ihm erst, nachdem er sui iuris geworden, contrahirt haben, nichts desto weniger auf das klagen können, was dem Sohne noch durch das beneficium competentiae von seinem Vermögen übrig geblieben ist. In dieser Hinsicht sagt also Ulpian mit Recht: *horum rationem habendam esse,*

50) 37. §. ult. *D. de administr. et periculo tutor.*

51) *Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.*

se, insofern sie nicht eben so mit der Einrede der Competenz zurückgewiesen werden können, wie diejenigen Gläubiger, deren Schuldner der Sohn schon während der väterlichen Gewalt zu werden anfing. Zwar wird freylich in L. 3. h. 1. die Frage abgehandelt, ob der Sohn bey dem Gebrauche der Competenzwohlthat dasjenige abziehen dürfe, was er Andern schuldig ist? allein Ulpian beantwortet sie nicht geradezu mit Ja oder Nein; sondern er macht einen Unterschied zwischen den Gläubigern, welche mit dem Sohne noch während der väterlichen Gewalt contrahirt haben, und denen, welche mit ihm erst nachher contrahirt, nachdem er schon sui iuris geworden war. In Rücksicht der erstern giebt er die Regel: *maiores esse occupantis et sibi vigilantis conditionem*, jedoch mit der Ausnahme, wosern nicht der sich erst später meldende Gläubiger ein privilegirter ist. In Rücksicht der letztern hingegen sagt er schlechthin, *horum rationem habendam esse*. Dieß kann nun in Verbindung mit den vorhergehenden Worten nicht soviel heißen, als ob diese letzteren den Vorzug vor den erstern hätten, und dasjenige, was der Sohn ihnen schuldig ist, von dem Vermögen desselben vor allen Dingen abgezogen werden müßte; Nein, sondern es soll vielmehr nur in sofern auf sie Rücksicht genommen werden, daß sie zu ihrer Befriedigung den Sohn bis auf den letztern Heller können auspfänden lassen, ohne daß er sich gegen sie auf seine Rechtswohlthat berufen darf.

VII. Die Rechtswohlthat der Competenz giebt jedoch nur eine dilatorische, aber keine peremptorische Einrede. Kommt daher der Schuldner in der Folge wieder in bessere Vermögensumstände, so muß er doch noch das ganz bezah-

len,

ten, was der Gläubiger jetzt, wegen dieser Wohlthat, vom Schuldner nicht ganz erhielt⁵²⁾. Der Gläubiger kann zu dem Ende Caution fordern⁵³⁾. Diese fällt nur da weg, wo der Schuldner gleich Anfangs nicht auf das Ganze belangt werden kann, wie bey der actio de peculio⁵⁴⁾.

VIII. Die Wohlthat der Competenz fällt weg, a) wenn nicht der Sohn selbst, sondern sein Erbe belangt wird⁵⁵⁾. b) Wenn sich der Schuldner dieser Wohlthat durch Betrug unwürdig gemacht hat. Z. B. der Sohn gab sich arglistig für einen homo sui iuris aus, und verleitete dadurch seine Gläubiger zum Credit⁵⁶⁾, oder er hat sonst bey Schließung des Contracts betrügerisch gehandelt⁵⁷⁾. c) Wenn sich der Sohn derselben nicht bedient, sondern die Schuld ganz bezahlt, ohne dem Gläubiger die Einrede der Competenz entgegen gesetzt zu haben⁵⁸⁾, deren er sich auch noch sogar bey der Execu-

52) L. 8 Cod. Soluta matrimonio DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicat. pag. 1309. BACHOV ad Treutlerum Vol. II. Disp. XXVI. Th. IV. Lit. H. und SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 59 et 60.

53) L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act.

54) L. 47. §. 2. D. de peculio.

55) L. 4. §. 3. D. h. t. Soli autem filio succurritur, non etiam heredi eius: nam et PAPIANUS libro 9. Quaestionum scribit, in heredem filii in solidum dandam actionem.

56) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 6. D. eod.

57) Arg. L. 22. §. 1. D. de re iudicata. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 3.

58) L. 7. pr. D. de except. L. 17. §. 1. D. Soluta matrimonio. Glücks Erläut. d. Pand. 14. Tb.

Erecution hätte bedienen können ⁵⁹⁾. Denn Wohlthaten werden Niemand aufgedrungen. Ja wenn auch der Sohn aus einer Unwissenheit des Rechts die Schuld ganz bezahlt hätte, so würde dennoch deshalb keine Zurückforderung Statt finden ⁶⁰⁾, wenn nicht etwa derselbe zu den privilegierten Personen gehört, denen die Gesetze die Unkunde der Rechte zu gute halten ⁶¹⁾, z. B. wenn er noch minderjährig, oder Soldat ist ⁶²⁾. Hatte hingegen der Richter aus Unwissenheit der Rechte den Schuldner zur Bezahlung des Ganzen verurtheilt, ohnerachtet er die Einrede der Competenz vorgeschützt hatte, so kann er sich noch bey der Erecution mit der *exceptio doli* schützen ⁶³⁾.

d) Wenn die Schuld, wegen welcher der Sohn belangt wird, aus einem während der väterlichen Gewalt begangenen Delict herrührt ⁶⁴⁾. Endlich e) wenn der Sohn erst nach mehreren Jahren, nachdem er *sui iuris* geworden, belangt wird. Es kommt also hier sehr viel darauf an, wenn der Sohn belangt wird. Geschieht dieses gleich, nachdem er von der väterlichen Gewalt war befreiet worden, so kann er sich seiner Rechtswohlthat bedienen, nachher

59) *L. 41. §. 2. D. de re iudicata* C. LAUTERBACH *Dis. de beneficio competentiae (Tubingae 1647. §. 48. et 49.*

60) *L. 9. D. de condict. indebiti.*

61) C. den 13. Th. dieses Commentars §. 834. C. 132.

62) *L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. L. 1. Cod. eodem.*

63) *L. 17. §. ult. D. Soluta matrim.* C. DONELLUS ad h. L. in Commentar. iur. civ. Lib. XXVII. pag. 1419.

64) *L. 4. §. 2. D. h. t. L. 52. D. de re iudic.*

her kommt sie ihm nicht weiter zu statten ⁶⁵⁾, wie Ulpian lehrt. *L. 4. §. 4. D. h. t.* wo er sagt: Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut siquidem *ex continenti* cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest: sin vero *post multos annos*, non debeat indulgeri? Et mihi videtur *rationem habendam esse, in hoc enim causae cognitio vertitur.*

Einige Rechtsgelehrten ⁶⁶⁾ wollen den heutigen Gebrauch dieses Titels bezweifeln, allein ohne Grund, wie schon Cocceji ⁶⁷⁾ gezeigt hat.

65) Die Klage selbst fällt aber deswegen nicht weg. *S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.*

66) *VOET c. 1. §. 4. in fin.*

67) *Iur. civ. contr. h. t. Qu. 2.*

Lib. XIV. Tit. VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

§. 898.

Geschichte und Inhalt des Senatusconf. Macedoniani.

Die in dem vorigen Titel von den Contracten der Familien Söhne erklärte Regel leidet durch das *Senatusconsultum Macedonianum* eine wichtige Ausnahme bey der pecunia credita. Weil nämlich die Erfahrung lehrte, daß der baare Geld Credit die Söhne zu Ausschweifungen verleitete, und sie in Schulden stürzte, ja sogar selbst für das Leben der Väter gefährliche Excesse veranlaßte, so wurde schon zu den Zeiten des römischen Freistaats das Gesetz gemacht, daß Niemand einem filiusfamilias baar Geld creditiren solle⁶⁸). Cicero scheint darauf hinzudeuten, wenn er in seiner Rede für den Marcus Cölius Kap. 7. sagt: *Tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit. Versuram nunquam omnino fecit ullam*⁶⁹). Eben dieses bestärkt noch mehr die Unterredung des Ceta mit dem Demophonus bey dem Terrenz in seinem Phormio Act II. Scen. 1. v. 70. wo jener sagt: *Hui! dixi pul-*
cre,

68) S. Ferd. Aug. HOMMEL Diff. de mutuo filii familias iam ante Senatusconsultum Macedonianum invalido. Lipsiae 1726.

69) *Versuram facere* heißt hier Geld gegen Zinsen aufnehmen.

S. HOTOMANN ad h. Loc. Cicer. und GRAEVIUS ad eundem.

cre, siquidem quisquam crederet, te vivo. Was dieses aber für ein Gesetz gewesen seyn möge, ist ungewiß. Vielleicht das Platorische, welches gewisse Geschäfte, insonderheit auch den Geldcredit, mit solchen Personen, die das Alter von 25. Jahren noch nicht erreicht hatten, nicht nur für ungültig, sondern sogar für strafbar und infamirend erklärte ⁷⁰⁾; wie sich aus einer Stelle des Plautus in seinem Pseudolus Act. I. Scen. 3. v. 68. schließen läßt, wo es heißt: *Perii, an non tum me Lex perdit quinauicenaria? Metuant credere omnes.* Weil jedoch dieses Gesetz nur von Minderjährigen sprach, so dehnte Kr. Claudius dasselbe durch eine neuere Verordnung auf alle Familienöhne ohne Unterschied des Alters aus, wie auch Lipsius ⁷¹⁾ bemerkt hat. Die hiervon handelnde Stelle des Tacitus Annal. XI, 13. lautet folgendermaßen. *Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum foenori darent.* Nach diesem Gesetz sollte es auch nicht einmal gelten, wenn Jemand einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, das Geld unter der Bedingung geliehen hätte, dasselbe erst nach des Vaters Tode wiederzubezahlen. Allein die Habsucht und Ränke der Föneratoren mußten diese Verordnung bald zu vereiteln. Man schifanirte, wie oft der Fall war, mit den Worten des Gesetzes, und glaubte der Verordnung desselben dadurch auszuweichen, wenn man das Geld den Söhnen nicht

70) S. GRAEVIUS. l. c. Tom. III, P. I. pag. 310. und Hugo Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts S. 135. (Berlin 1810.)

71) Ad TACITI Annal. XI. 13. Man sehe auch SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII, §. 62.

nicht gerade auf den Todesfall ihrer Väter creditirte; man gab es ihnen nun auf einen ungewissen Zahlungs-termin, der blos von der Willkühr des Gläubigers abhangen sollte. Dies hieß *incertis nominibus credere*, wie Zommel ⁷²⁾ diese Worte des Macedonianischen Senatus-consults erklärt. Einer solchen Chifane durch ein neues Gesetz Einhalt zu thun, war um so notwendiger, je schrecklicher die Folge war, welche das Schuldenwesen der Familienstöhne nach sich zog. Ein junger Römer, mit Namen Macedo, beging, um seine Gläubiger befriedigen zu können, einen Vätermord, und gab hierdurch einem der wichtigsten Gesetze Veranlassung und Namen. Ulpian hat uns dasselbe *L. I. pr. D. de Senatusconsulto Macedoniano* in folgenden Worten aufbehalten: *Cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiofamilias bonum nomen expectata patris morte fieri ⁷³⁾.*

Wer

72) Cit. Diff. §. 19 — 21. Andere erklären jedoch nomina incerta für nomina non bona, sub usuris immodicis credits; was man auch im Teutischen ungewisse Forderungen nennt. *S. Ger. noodt Comment. ad Dig. h. t. p. 337. Ev. OTTONIS Comm. ad §. 7. l. Quod cum eo, qui in alien. pot. und Io. Gottl. HEINZCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. IV. Tit. 7. §. 8.*

73) Zur Interpretation desselben dienen *Bern. Henr. REINOLDI Diff.*

Wer also einer Person, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, baar Geld darleihet, soll seiner Forderung wegen keine Klage haben, wenn er auch erst nach des Vaters Tode das Geld wieder fordern sollte. Ein solcher Bucherer soll wissen, daß ihm keine List, noch Vorwand etwas helfen wird, um seine Forderung klagbar zu machen, wenn auch sein Schuldner nach des Vaters Tode noch so viel Vermögen zu gewarten hätte. Dieses Senatusconsultum wurde unterm Kr. Vespasian gemacht⁷⁴⁾. Wir haben darüber das unverwerfliche Zeugniß des Suetonius, welcher in seinem Vespasian cap. XI. erzählt: *Vespasianus auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorum-familias foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.* Die Veranlassung zu dieser legislation erzählt am ausführlichsten Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Lib. IV. Tit. VII. §. 7. Die Stelle ist sehr merkwürdig, und lautet nach der Uebersetzung des Reitz folgendermaßen.

Diff. ad Senatusconsultum Macedonianum in *Opusc. iurid.* a Ing. lero edit. p. 412. sqq. G. A. van WACHENDORF Diff. de SCto Maced. Traj. ad Rhen. 1730. Franc. ALBF Diff. de SCto Macedon. Heidelberg. 1737. in EIVS Dieb. academ. Nr. XI. und Christ. Gotth. HÜBNERI Disp. ad Senatusconsultum Macedonianum. Lips. 1798. Unter den ältern Auslegern Franc. DUARENII Commentar. in Tit. 28. libri IV. Cod. et Tit. 6. lib. XIV. Pand. ad SC. Maced. Oper. pag. 983. sqq.

74) S. Andr. Guil CRAMERI D. Vespasianus sive de vita et legislat. T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. Ienae 1785. 8. pag. 182. sqq. und HÜBNER cit. Disp. Cap. 2. Andere setzen den Ursprung des Senatusconsults schon unter die Regierung des Kr. Claudius. S. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 413a. und Ritter Hugo Lehrb. der Geschichte des R. R. §. 224.

sen. *Macedo quidam sic dictus Romae fuit; qui in potestate quum esset sui patris, ab aliquo mutuatus est, sperans mortuo patre suo, fore, ut debitum reddere posset. Multo tempore elapso, instabat creditor debitum repetens. Macedo non habens, unde redderet; qui enim, cum sub potestate esset? patrem suum occidit. Innotuit hoc Senatui; et ille quidem poenas dedit parricidii; factum est autem Senatusconsultum, Macedonianum dictum, quod statuit, ne quis homini libero sub potestate constituto mutuatus debita reposcat, ut hoc pacto quilibet sciens, se debitum reposcere non posse, mutuum illi dare caveat. Non tantum vero ipsum non repetet filiumfamilias, vel filiamfamilias aut nepotem vel nepotem, in potestate adhuc constitutos, sed neque sui iuris factos, morte forsitan patris, vel emancipatos. Nec quidem adversus patrem vel avum actionem de peculio intendere potest, sive liberos in potestate etiam habeat, sive eos emancipaverit. Senatusconsultum autem haec sanciens ita legem fecit, quoniam filiifamilias aere alieno saepe onerati, quod aliunde acceptum luxuriose prodegerant, suorum parentum vitas insidiabantur.* Biele ⁷⁵⁾ glauben, die Erzählung des Theophilus stehe mit jenen Worten des Senatusconsults im Widerspruche. Man hat daher dieselbe, als eine Fabel des Paraphrasten, geradezu verworfen, und geglaubt, daß nicht Macedo, der

75) *Aegid. MENAGIUS* Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. Voc. *Macedonianum* S^Ctum. pag. 297. *Ev. OTTO* Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo etc. *Io. Aug. BACH* Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. III. §. 19. *Io. Jac. SCHERZ* Diff. de Macedoniani S^Cti denominat origine. *Argentor.* 1732. *Mich. God. WERNHER* lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1. und *MÜBNER* Dissert. cit. Cap. IV.

der Vatermörder, sondern ein samöser Föderator dieses Namens dem Gesetz Namen und Veranlassung gegeben habe. Allein dagegen haben schon längst Wilhelm Marantus ⁷⁶⁾, Joh. Gottl. Zeineccius ⁷⁷⁾, Augustin v. Leyser ⁷⁸⁾, Gottfr. Ludw. Mencken ⁷⁹⁾ und Herr Ritter Zugö ⁸⁰⁾ gezeigt, daß nach einer richtigen Erklärung selbst die Worte des Senatusconsults: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset*, welche offenbar nicht auf den Föderator passen, augenscheinlich für Theophilus sprechen. Denn der Ausdruck *aes alienum* wird nie vom Gläubiger, nie für pecunia aliis credita genommen, sondern es wird vielmehr darunter verstanden, quod nos aliis debemus, wie Ulpian sagt L. 213. §. 1. D. de Verb. Signif. Die folgenden Worte: *et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet*, gehen zwar unstreitig auf den Wucherer; sie enthalten aber einen von der Veranlassung des Gesetzes ganz unterschiedenen Grund. Der Sinn ist nämlich der: daß die Föderatoren den verschwenderischen Jünglingen häufig Anlaß zu Ausschweifungen dadurch gegeben, daß sie ihnen Geld, und zwar, um die Verord-

76) Paratitl. ad h. Tit.

77) Antiquit. Rom. Lib. IV. Tit. VII. §. 8.

78) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIII. medit. 1.

79) Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. Vitemb. 1715. Praefat.

80) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts (Berlin 1810.) §. 224. Not. 1. S. 349. Man sehe auch Phil. Bernh. Degen's Bemerkungen über das Zeitalter, und die Institutionen Paraphrase des Theophilus. 5. Abschn. S. 51.

ordnung der Gesetze zu umgehen, ohne Bestimmung eines Zahlungstermins geborgt hätten. Das Macedonianische Senatusconsultum hat also das Eigene, daß es nicht von dem Consul, der den Vortrag machte, wie sonst gewöhnlich war, sondern von demjenigen seinen Namen erhalten hat, der die Veranlassung dazu gab. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß viele, welche dieses Senatusconsultum unter Claudius setzen, es mit der oben bemerkten *Lex Claudii* für Eins halten, von welcher Tacitus redet. Um nun die Erzählung des Suetons damit zu vereinigen, sagt man, Vespasian habe als Consul unter Claudius das Senatusconsultum in Vorschlag gebracht. Heineccius⁸¹⁾ verdankt diese sinnreiche Conjectur dem Petrus Faber⁸²⁾.

§. 899.

Tendenz des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult redet I. blos von *filiisfamilias*, welcher Ausdruck hier alle Personen bezeichnen soll, die zur Zeit des contrahirten Darlehns noch unter väterlicher Gewalt sind, sie seyen Söhne oder Töchter, leibliche oder adoptirte⁸³⁾; auch Enkel⁸⁴⁾, und

81) Cit. loc. §. 7. Not. c. pag. 278.

82) Semestrium Lib. I. cap. 25. pag. 169.

83) L. 1. §. 2. L. 9. §. 2. D. h. t. In der letzten Stelle heißt es: Hoc SCtum et ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. Add. L. 201. D. de Verb. Signif.

84) L. 14. D. h. t. Etiam si verbis Senatusconsulti filii continentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere. — L. 6. §. 1. Cod. eodem. §. 7. l. Quod cum eo. qui in aliena potestate.

und zwar ohne Unterschied des Standes und der Würde ⁸⁵⁾, sofern nämlich die Würde nicht eine solche ist, welche von der väterlichen Gewalt befreiet ⁸⁶⁾. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Schuldner im Augenblick der Numeration des Geldes noch in der väterlichen Gewalt gewesen sey. Denn war dem Sohne zwar noch während der väterlichen Gewalt ein Darlehn versprochen, er hat solches aber erst zu der Zeit vom Gläubiger erhalten, wo er schon sui iuris geworden war, so findet das Macedonianische Senatusconsult auf ihn keine Anwendung mehr ⁸⁷⁾.

II. Das Senatusconsultum geht nur auf baaren Geldcredit, nicht auf andere Arten der Contracte und Darlehne. Also nicht auf Kauf, Tausch oder Mietfcontract; auch nicht auf ein Getraidedarlehn, noch Bürgschaft ⁸⁸⁾. Es muß nur aber freylich ein sonst erlaubtes

85) *L. 1. §. 3. D. h. t.* In filiofam. nihil dignitas facit, quominus SCtum Macedonianum locum habeat.

86) *Nov. LXXXI. cap. 1. et 2.* vort Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

87) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Si a filiofam. stipulatus sim, et patrifam. facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris, sive alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare Senatusconsultum: quia mutua iam patrifamilias data est. — *L. 4. D. eodem.* Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.

88) *L. 3. §. 3. D. h. t.* Is autem solus SCtum offendit, qui mutuatam pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciofa parentibus eorum visa est: et ideo et si in creditum abli filiofam. vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet

tes Geschäft nicht in fraudem legis geschlossen worden seyn, um den Zweck des Gesetzes zu vereiteln. Dahin gehört z. B. wenn man einem filiusfamilias Getraide vorlehnt, oder Waaren verkauft, und zwar in der Absicht, um sich durch deren Verkauf oder Verpfändung baar Geld zu verschaffen, und solches als ein Darlehn zu gebrauchen⁸⁹⁾. Man nennt ein solches verschleiertes Geldanlehn mit einem barbarischen Namen *contractus mohatrae*⁹⁰⁾. Daß in solchen Fällen, wo in fraudem legis gehandelt worden, das *Senatusconsultum* dennoch Anwendung finde, sagen nun zwar die Gesetze ausdrücklich⁹¹⁾. Da jedoch im Zweifel nicht

et coeperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat *Senatusconsultum*. — *L. 7. pr. D. eodem*. Item si filiusfamilias *fideiusserit*, *NERATIUS* cessare *Senatusconsultum* ait.

89) Ueber die Kunstgriffe, welche gewinnsüchtige Gläubiger in fraudem *SCti* anzuwenden pflegen, vergleiche man G & B Beiträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Nr. XVIII. S. 356. ff.

90) Der Ausdruck *mohatra* kommt aus dem Spanischen her, und bezeichnet ursprünglich einen simulirten Kauf. *S. Casp. ZIEGLER* Diss. de *mohatra contractu*. *Witebergae* 1663. §. 29. und *Sam. STRYK* de *cautel. contractuum* Sect. II. cap. 1. §. 31.

91) *L. 3. §. 3. in fin. D. h. t.* Quod ita demum erit dicendum, si non *fraus Senatusconsulto sit cogitata*, ut, qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. — *L. 7. pr. D. eodem*. Sed *IULIANUS* adjicit, si color *quaesitus* sit, ut *filiusfam.* qui *mutuam* accepturus erat, *fideiuberet*, alio reo dato, *fraudem Senatusconsulto factam nocere*: et dandam *exceptionem* tam *filiisfamilias*, quam *res*, quoniam et *fideiussori filii* subvenitur. (Unter dem Ausdruck *reus* soll hier kein anderer, als *intercessor* oder *fideiussor* verstanden

we-

nicht vermutet wird, daß bey einem an sich erlaubten Geschäft eine rechtswidrige Intention obgewaltet habe⁹²⁾; so muß in einem solchen Falle, wo der Beklagte vorschützt, daß das Geschäft, aus welchem geklagt worden, nur zum Schein gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Geldanlehn gerichtet gewesen sey, demselben billig der Beweis aufgelegt werden⁹³⁾.

Wenn man nun aber gleich, ausser diesen Fällen, lediglich bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben muß, wornach es nur von Darlehen gilt, welche in baarem Gelde gemacht werden, ohne eine weitere Ausdehnung desselben zu gestatten⁹⁴⁾; so wird es doch häufig durch provincial- und academische Gesetze auch auf solche Schulden ausgedehnt, die blos zur Ueppigkeit und Schwelgereyen gemacht worden sind, z. B. Wein- und Conditorschulden⁹⁵⁾. Auf keine Weise kann jedoch das Gesetz auf den Fall angewendet werden, da die Schuld ursprünglich nicht aus einer Gelde-

werden, wie POTHIER in Pandect. Instin. h. t. Nr. II. not. b. bemerkt.) — §. 3. eiusd. L. 7. Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutuo dari possunt, an accipere debeamus, videndum? Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim Senatus, MUTUAM PECUNIAM DEDISSET. Sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita, puta frumento, vel vino, vel oleo, mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filiofamilias.

92) L. 14. §. 5. D. Qui et a quibus manumissi.

93) E. Weber's systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 63 S. 217.

94) E. Weber's angef. Entwicklung. §. 96. S. 427.

95) E. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

rium contra bonos mores praestitum iuramentum. Allein so erheblich auch diese Gründe sind, so behaupten dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrten³⁾, daß jene Meinung wenigstens den Vorschriften der neuern Gesetze nicht entspreche, welche dem S^Cto Macedoniano billig vorzuziehen wären. Denn sollen nach der A^vth. *Sacramenta p^uberum* Cod. Si adversus venditionem sogar die Contracte der Minderjährigen auf keine Weise angefochten werden können, wenn sie mittelst eines Eides bekräftiget worden sind, ohne auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben Rücksicht zu nehmen, wenn nur der Eid ohne Zwang und Betrug geleistet worden ist; so könne es auch einem Familiensohne für seine Person nicht frey stehen, sich auf das Macedonianische Senatusconsultum zu berufen, wenn er die Wiederbezahlung der Anleihe demjenigen, der ihm in gutem Glauben creditirte, mittelst eines körperlichen Eides versprochen, oder sich auch mittelst eines solchen Eides der Wohlthat des Senatusconsults förmlich begeben hat. Ueberdem sey ja die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aus dem contrahirten Gelddarlehn durch das Macedonianische Senatusconsult nicht ganz vernichtet worden, sondern werde selbst von den Gesetzen noch als fort-dauernd anerkannt⁴⁾. Der Eid könne also hier allerdings
als

3) *And. FACHINAEUS* Controv. op. Lib. II. cap. 62. in fin. *CARPZOV* Decision. illustr. P. III. Decis. 256. *STRYK* de cautelis contract. Sect. II. Cap. I. §. 15. I. H. *BOEHMER* Introd. in ius Dig. b. t. §. 11. *WERNHER* Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 334. von *Quisroy* Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXIV. S. 386. ff. *Lud. God. MADDIHN* Princip. iuris Rom. P. V. §. 19. in fin.

4) L. 9. §. 4. et 5. L. 10. D. h. t.

als Mittel dienen, die Erfüllung derselben zu sichern, da nach den neuern Verordnungen des canonischen Rechts auch sogar eine an sich ungültige Handlung durch eibliche Bestärkung wirksam und gültig gemacht werden könne⁵⁾. Ob nun wohl die Vertheidiger dieser Meinung selbst zugeben, daß eine solche Begebung nur soann von rechtlicher Wirkung seyn könne, wenn nach aufgehobener väterlichen Gewalt der Sohn sich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln oder Erwerb diejenige an sich rechtmäßige Schuld zu bezahlen, wozu er sich durch einen feyerlichen Eid zu der Zeit, da er sich noch unter der väterlichen Gewalt befand, verbindlich gemacht hatte; so steht doch dieser Meinung noch immer der sehr wichtige Grund entgegen, daß es hier nicht bloß dem Interesse des Sohns gilt, sondern der Staat selbst dabey interessirt ist, dem der Geldcredit der Söhne wegen der verderblichen Folgen desselben nicht gleichgültig seyn kann. Der Staat fühlte unmittelbar und zunächst die Nachtheile des hieraus entstehenden Sittenverderbs; sahe die Gräueltthaten, wozu Schwelgereyen und Schuldenlast ausgeartete Söhne vermocht hatte⁶⁾; sahe die Zer-

rüttung

5) *Cap. 28. X. de iureiur. cap. 2. de pactis in 6to.* Die Päbste entscheiden hier nach demselben Grundsatz, der auch vom Kaiser Friedrich in der angef. Authentica anerkannt ward. *S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 16. S. 61. f.*

6) Eine der Gräueltthat des Macedo vorausgegangene Scene enthält die Rede des Cicero *pro Sexto Roscio*, wo er cap. 22. sagt: *Patrem occidit roscius: qui homo? adolescentulus corruptus. — LUXURIES igitur hominem nimirum, et AERIS ALIENI MAGNITUDO, et INDOMITAE ANIMI CUPIDITATES ad hoc scelus impulerunt.*

rüttung des Wohlstandes, und häußlichen Glücks seiner Bürger. Diese allerdings wichtigen und schweren Folgen forderten laut die Gesetzgebung auf, den Ausschweifungen der Familiensöhne ein Ziel zu stecken. Und ein solches Gesetz, welches, wie Ulpian ⁷⁾ sagt, verhüten soll, ne materia peccandi malis moribus praestetur; ein Gesetz, dessen Hauptgrund, wie Justinian ⁸⁾ noch hinzufügt, darin gesetzt wird, *quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur*; ein Gesetz, welches deswegen den Gläubigern zur Strafe die Klage versagt, sollte durch Mißbrauch des Eides unwirksam gemacht werden können? Der Eid sollte hier das Mittel werden, eine turpis causa des Wucherers zu decken? Gewiß einen solchen Eid nimmt auch selbst das canonische Recht nicht in Schutz ⁹⁾. Darin stimmen jedoch alle überein, daß eine solche Begebung wenigstens den Rechten des Vaters auf keinen Fall nachtheilig seyn könne. Hätte daher der Sohn dennoch von dem seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen die Schuld bezahlt, so kann der Vater das noch vorhandene Geld vindiciren, das consumirte aber durch die *condictio sine causa* abfordern ¹⁰⁾; gesetzt auch, daß das Geld dem Sohne von einem Dritten wäre geschenkt worden, wenn es ihm nämlich nicht ausdrücklich unter der Bedingung geschenkt war, den Gläubiger damit zu befriedigen, sondern das Geschenk blos ein *Pekulium*

7) L. 1. pr. D. h. t.

8) §. 7. 1. *Quod cum eo, qui in aliena pot. est.*

9) Cap. 27. X. de iureiur.

10) L. 3. §. 2. D. h. t.

liam ward, welches der Sohn zum Nachtheil des Vaters nicht veräußern konnte. So lehrt Ulpian L. 9. §. 1. D. h. t. wenn er sagt: Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Iulianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem, et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, conditionem patri ex omni eventu competere. Diesem Gesetz scheint nun zwar die aus dem nämlichen libro 29. Ulpiani ad Edictum genommene L. 14. D. de reb. credit. zu widerstreiten, wo es heißt: Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare conditionem: quoniam toties conditio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transfisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. Cujaz¹¹⁾, Anton Faber¹²⁾ und Woodt¹³⁾ glauben sogar, der Widerspruch zwischen beyden Stellen sey so offenbar, daß hier jeder Versuch einer Vereinigung vergeblich sey. Denn Marcellus, ein Profulianer, wäret, wie Edmund Merillius¹⁴⁾ bemerkt, in seinen No-

E 2

ten

11) Observation Lib. XIV. cap. 35.

12) Rational. in Pand. ad L. 14. D. de reb. credit.

13) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 343.

14) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. est. (in Ev. OTTONIS Thes. Jur. Rom. T. III. pag 670.)

ten über Julian, welcher bekanntlich zur Secte der Sabianer gehörte, hierin ganz anderer Meinung gewesen. Doch meint Anton Schulzing ¹⁵⁾, Ulpian scheine nicht undeutlich dem Marcellus beizustimmen. Allein da man ohne Noth keinen Widerspruch annehmen darf, Ulpian auch eben so wenig die eine, als die andere Meinung verwirft; so kommen die meisten Ausleger ¹⁶⁾ darin überein, daß Marcellus Meinung blos von dem Falle zu verstehen sey, wenn der Gläubiger das von dem Sohne empfangene Geld in gutem Glauben consumirt hat. Hier fällt dann die Zurückforderung aus dem Grunde weg, weil durch eine bonae fidei consumtio nur in dem Falle ein Condictio begründet wird, wo durch Numeration des Geldes eine Klage hätte entstehen können, wenn dadurch das Eigenthum auf den Empfänger desselben übergegangen wäre. In dem gegenwärtigen Falle aber hätte auch dann keine Klage begründet werden können, wenn gleich der Sohn das Eigenthum des Geldes gleich anfangs z. B. dadurch, daß er von einem seiner Disposition unterworfenen Vermögen, oder mit Willen des Vaters die Schuld bezahlte, auf den Gläubiger gebracht hätte, weil er nicht in der Absicht zahlte, um den Empfänger verbindlich zu machen, sondern um sich seiner Verbindlichkeit, von welcher ihn das Senatusconsult keinesweges freyspricht, gegen seinen Gläu-

15) *Thef. controversar. Decad. Dec. LIV. Th. 9.*

16) *Guil. PARCLAIVS ad Tit. Pand. de reb. cred. ad L. 14. cit. (in Thef. Otton. c. 1. pag. 856.) Iul. PACIUS Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 65. Io. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 9. BOECKELMANN Antinom. jur. Affert. 98. Pet. MÜLLER ad Struvium Exerc. XVIII. Th. 34. not. β. p. 1176. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. pag. 416.*

Gläubiger zu entledigen. Nach dieser Erklärung versteht man dagegen Julians Meinung *L. 9. §. 1. D. h. t.* bloß von dem Falle, wenn der Gläubiger das Geld mala fide empfing, wohl wissend, daß der Sohn von des Vaters Geld zahlte, worüber ihm keine Disposition zustand. Hier sey die *Condictio*, nämlich die *condictio furtiva*, auf jeden Fall (*ex omni eventu*) begründet, das Geld sey bey dem Gläubiger noch vorhanden, oder nicht. Allein auch diese Erklärung, wenn man sie näher prüft, läßt sehr erhebliche Zweifel übrig, wie schon Anton Faber¹⁷⁾ gezeigt hat. Julian unterscheidet ja in der *L. 9. §. 1. D. h. t.* nur die zwey Fälle, ob das Geld dem Sohne von einem Andern ausdrücklich zu dem Zweck, den Gläubiger damit zu bezahlen, war geschenkt worden, oder nicht. Im letzten Falle soll dem Vater eine *Condictio* schlechterdings, und zwar aus dem Grunde zustehen, weil hier der Sohn keine Befugniß zu alieniren hatte. Es kann also in Absicht auf das Recht des Vaters durchaus von keinem entscheidenden Einfluß seyn, in welcher Meinung der Gläubiger das Geld von dem Sohne empfing, mit welchem ihm derselbe zu zahlen nicht berechtigt war. Vielmehr läßt sich theils aus dem vom Marcell angeführten Grunde, theils aus dem Zusammenhange der *L. 14. D. de reb. credit.* mit den unmittelbar vorhergehenden Fragmenten schließen, daß in der *L. 14.* eigentlich von der *condictio certi ex mutuo* die Rede sey. Nimmt man diese Erklärung an, worin uns Hartmann Pistoris¹⁸⁾, Wolfgang Adam Lauterbach¹⁹⁾ und Samuel von

17) Rational. in *L. 14. D. de reb. credit.*

18) *Quaest. iuris. Lib. III. Qu. 20. nr. 13.*

19) *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 22.*

von Cocceji ²⁰⁾ vorangegangen sind; so fällt nun aller Widerspruch zwischen *L. 14. cit.* und *L. 9. §. 1. D. h. t.* hinweg, und der Sinn beyder Stellen in ihrem Zusammenhange wäre der, daß der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld, wenn es der Gläubiger consumirt hat, zwar auf jeden Fall, der Empfänger sey in bona oder mala fide gewesen, mit der *condictio sine causa*, auf keine Weise aber mit der *condictio certi ex mutuo* zurückfordern könne, weil die letztere Klage nur dann aus einer in gutem Glauben geschehenen Consumtion des Geldes entstehen kann, wenn dieselbe entstanden wäre, wosern gleich Anfangs das Eigenthum desselben auf den Empfänger wäre übertragen worden, welches aber hier der Fall nicht ist, wenn der Sohn ein aufgenommenes Geldanlehn wieder bezahlt hat. Eben so wenig würde aber auch, wie Ulpian *L. 9. cit.* noch hinzufügt, die *condictio indebiti* in dem Falle Statt finden können, da die Zahlung von dem Sohne aus Irrthum geschehen ist, weil diese Klage überhaupt wegfällt, wo die Gesetze den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht ganz befreien, sondern ihm nur gegen die Klage des Gläubigers zur Strafe desselben eine Einrede geben ²¹⁾.

§. 901.

Auch eine stillschweigende Anerkennung der Schuld nach aufgehobener väterlichen Gewalt schließt das Macedoniansche Senatusconsultum aus.

Da das Macedoniansche Senatusconsultum nur dem Gläubiger, ihm zur Strafe, das Klagerrecht abspricht,
ohne

20) *Iur. civ. controuv. h. t. Qu. 13.*

21) *L. 19. pr. L. 40. pr. D. de condict. indeb.*

ohne deswegen die Verbindlichkeit des Schuldners, zu dessen Gunsten, aufzuheben²²⁾; so steht dem Sohne, wenn er dennoch die Schuld bezahlt hat, keine Zurückforderung zu, er habe aus Irrthum gezahlt, oder nicht²³⁾. Diese wird ihm sogar auch in dem Falle versagt, wo der Vater das von seinem Sohne widerrechtlich bezahlte Geld zurückzufordern befugt gewesen wäre, wenn nämlich der Vater noch vor der Zurückforderung stirbt, und der Sohn sein Erbe wird²⁴⁾. Denn da letzter das Anlehn selbst empfangen, und durch Bezahlung desselben nur eine Schuld anerkannt hat, von welcher ihn das Gesetz ohnehin nicht freysprach; so würde ihm mit Recht die *exceptio doli* entgegengesetzt werden können, wenn er als Erbe die Rechte seines verstorbenen Vaters geltend machen wollte²⁵⁾. Eine bloße Anerkennung der Schuld, ohne wirklich erfolgte Bezahlung derselben, ist jedoch während der väterlichen Gewalt ohne Wirkung²⁶⁾. Hätte daher der Sohn die Schuld nicht ganz, sondern nur einen Theil derselben

22) *S. de COCCEJUS civ. controv. h. t. Qu. 7.*

23) *L. 9. §. 4. D. h. t. Sed et ipse filius (sc. perpetua exceptione tutus est) et tamen non repetit: quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. Add. L. 40. pr. D. de condict. indeb.*

24) *L. 26 §. 9. D. de condict. indeb. Filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus si solverit, et patri suo heres effectus, velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.*

25) *S. Ant. FABRI Rational. in L. 14. D. de reb. credit.*

26) *Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28. pp. 617. in fin. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 343.*

bezahlt, so kann er sich wegen des Ueberrests immer noch auf das *Senatusconsultum* berufen, wenn er auch erst belangt werden sollte, nachdem er *sui iuris* geworden ist²⁷⁾. Dagegen verhält sich die Sache ganz anders, wenn die Anerkennung von dem Schuldner erst nach seiner Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschieht. Hier ist sie gültig, und kann nicht nur I) ausdrücklich geschehen, wenn der Schuldner die Bezahlung des während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldlehns nochmals verspricht, es geschehe nun entweder durch Stipulation, in der Absicht, an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue zu setzen²⁸⁾, oder ohne Stipulation durch ein bloßes *Constitutum*²⁹⁾; denn hierzu ist das Daseyn einer bloß natürlichen Verbindlichkeit schon hinreichend³⁰⁾; sondern sie kann auch II) stillschweigend geschehen, und zwar 1) sofern sich der Schuldner nicht durch Protestation verwahrt, in Ansehung der ganzen Schuld, a) wenn er mit der Bezahlung der Schuld den Anfang macht. Ulpian sagt ausdrücklich *L. 7. §. 16. D. h. t. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest.* Der Sinn dieser Stelle ist nämlich nach der richtigern Erklärung derselben

27) *S. Pet. Frid. IOFFERT* Diss. de mutuo a filiofamilias sui iuris facto tacite agnito. *Goettingae* 1771. §. 5.

28) *L. 2. Cod. h. t. Zenodorus*, si — suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

29) §. 9. *I. de actionib.*

30) *L. 1. § 6. et 7. D. de constituta pecun. verbunden mit L. 10. D. h. t.*

selben folgender: wenn der Schuldner, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreuet worden, einen Theil der während derselben gemachten Schuld bezahlt hat, so kommt ihm, wenn er nachher wegen des Rückstandes von dem Gläubiger belangt wird, das Macedonische Senatusconsultum nicht weiter zu statten; er kann auch eben so wenig das bereits Bezahlte wieder zurückfordern. Die Worte *erisabit Senatusconsultum* beziehen sich also offenbar auf den noch unbezahlten Theil der Schuld. Denn blos in Ansehung desselben konnte die Frage entstehen, ob das Senatusconsultum noch Statt finde oder nicht, weil dieses Gesetz dem Schuldner blos eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, aber keine Zurückforderung des bereits Bezahlten verstatet. Daher fügt Ulpian noch die Worte hinzu: *nec solum repetere potest*, welche auf den bereits bezahlten Theil der Schuld gehen. Ganz unverkennbar ist demnach in den Worten Ulpians der Satz ausgesprochen, daß durch Bezahlung eines Theils der Schuld die ganze Schuld anerkannt werde, und daher das Macedonische Senatusconsult hier schlechterdings wegfallt, wenn diese Anerkennung von dem Schuldner nach Aufhebung der väterlichen Gewalt geschehen ist. So erklären diese Stelle auch die berühmtesten Rechtsgelehrten, unter denen ich hier nur einen Anton Faber ³¹⁾, Hugo Donellus ³²⁾, Gerh. Voordt ³³⁾, Johann Voet ³⁴⁾, Anton Schul-
ting

31) Rational. in Pand. ad L. 7. §. 16. D. h. t.

32) Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 28.

33) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 342. §. *At non tantum.*

34) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ring ³⁵⁾, Bartholom. Chesius ³⁶⁾, Peter Müller ³⁷⁾ und Samuel von Cocceji ³⁸⁾ nennen will. Demofinge, achtet sind viele Rechtsgelehrten ³⁹⁾ anderer Meinung, welche die angeführte Stelle Ulpian's bloß von dem bezahlten Theile der Schuld erklären, wegen des Rückstandes aber dem Schuldner dennoch die Einrede des Macedonischen Rathschlusses verstatten wollen. Allein diese Meinung ist schon von andern ⁴⁰⁾ so gründlich widerlegt

word.

35) Thef. controv. Decad. LIV. Th. 2.

36) Interpretat. iuris Lib. I. cap. 43.

37) Ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XX. Th. 57. not. 1.

38) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

39) CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 2. nr. 8. BACHOV ad *Trcutlerum* Vol. I. Diff. XX. Th. 2. lit. A. et B. SCHILTER PRAX. iur. Röm. Exerc. XXVII. §. 72. MANZ Comm. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in alien. pot. n. 35. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XX. Th. 57. FEYER Delineat. iuris civ. sec. Pand. h. t. Post: 12. ZIEGLER Diff. de SCto Macedoniano. Cap. II. Th. 19. in *EIUS Disceptat. select.* Them. XVI. p. 540. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 19. Nr. III. REINOLD Diff. ad SCrum Macedonianum. Cap. III. §. 2. BERGER Resolut. LL. obstant. h. t. Qu. 5. u. a. m.

40) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. *Franc. ALEF* Diff. de SCto Macedoniano. Cap. V. §. 76 — 89. in *EIUS Dieb. academ.* pag. 386. sqq. *Pet. Frid. IOPPERT* Diff. de mutuo a filiosam. sji iuris facto tacite agnito. *Goett.* 1771. §. 13. sqq. *Phil. Jac. Heisler* Erörterung der Frage, ob eine Person, so unter väterlicher Gewalt Geld erborget, nach der Entledigung von solcher Gewalt aber etwas davon bezahlt, auch den Rückstand zu bezahlen schuldig sey? in *Dessellen jur. riss. Abhandlungen* 2. Samml. Nr. VI. Gobr. Ober-
 bef

worden, daß fast nichts mehr hinzuzufügen übrig ist. Man darf in der That nur den vorhergehenden §. 15. der *L. 7. h. t.* lesen, so wird man sich schon von der offenbaren Unrichtigkeit jener Erklärung vollkommen überzeugen. Es heißt nämlich daselbst: *Hoc amplius cessabit Senatusconsultum, si pater solvere coepit, quod filiusfamilias mutuum sumserit; quasi ratum habuerit.* Ulpian sagt hier vom Vater, daß wenn er mit Bezahlung des von seinem Sohne während der väterlichen Gewalt aufgenommenen Darlehns den Anfang gemacht hat, ihm nachher das Macedonianische Senatusconsult nicht weiter zu statten kommen könne, weil er durch diese Partialzahlung stillschweigend die ganze Schuld anerkannt habe. Hierüber ist kein Streit. Denn die Worte sind zu deutlich gefaßt, als daß sie einen Zweifel erwecken könnten. Das Nämliche wird nun aber gleich nachher auch von dem Sohne gesagt, wenn er selbst einen Theil an seiner unter der väterlichen Gewalt contrahirten Schuld, nachdem er *sui iuris* geworden, abgetragen hat. Auch hier heißt es: *cessabit Senatusconsultum.* Es muß also dieser Ausdruck nach einer richtigen Erklärung auch bey dem Sohne in eben dem Sinn, wie vorher bey dem Vater, genommen werden, weil sich gar kein vernünftiger Grund denken läßt, warum Ulpian den daselbst vorgetragenen Fall anders in Ansehung des Vaters, und anders in Ansehung des Sohns habe ent-

bet Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Band Mebit. 43. Io. Ern. Bernh. ZMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. Tom. II. pag. 285. not. w. Car. Frid. WALCH Introd. in contr. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 16. pag. 78. und Franz Schöman Handbuch des Civilrechts. 2. Band S. 206. ff.

entscheiden wollen. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache selbst der stärkste Grund, warum sich der Sohn in Ansehung des Schuldrückstandes eben so wenig, als der Vater, mit der Einrede des Macedonianischen Senatusconsults gegen den Gläubiger weiter schützen könne; weil nämlich die Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit unmöglich bloß auf den abschläglich bezahlten Theil der Schuld eingeschränkt werden kann, sondern sich nothwendig auf die ganze Schuld erstrecken muß, wenn nicht die Zahlung unter der ausdrücklichen Protestation geschehen ist, daß er sich dadurch zur Bezahlung des Uebrigen nicht habe verbindlich machen wollen. Non enim debet, sagt Paulus ⁴¹⁾, obligationem ex parte comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri. Hätte Ulpian beim Sohne bloß den Satz aufstellen wollen, daß nur die Rückforderung des gezahlten Theils der Schuld wegfallt, auf den Rest aber keine wirksame Klage durch die Stückzahlung begründet werde, so würden die Worte: *cessabit Senatusconsultum* entweder als ganz überflüssig da stehen, oder man müßte annehmen, daß Ulpian in dem Nachsatze: *nec solum repetere potest*, das wieder modificirt hätte, was er aus Uebereilung im Vordersatze zuviel gesagt zu haben glaube. Wie ließe sich aber eine solche Erklärung, ohne dem Ansehen des römischen Juristen zu nahe zu treten, rechtfertigen? Der Partialzahlung ist b) in Rücksicht der Wirkung gleichzusetzen, wenn der Schuldner von dem während der W. G. aufgenommenen Geldanlehn nachher als *Paterfamilias* die Zinsen bezahlt. Denn da die Zinsen für den Gebrauch einer schuldigen Quantität gezahlt wer-

41) L. 39. in *fm. de operis libertor.*

werden, so läßt sich hieraus eine Agnition der ganzen Schuld mit vollkommenen Grund ableiten ⁴²⁾. Ein Gleiches findet c) Statt, wenn der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit wegen einer während der B. G. contractirten Schuld, nach erfolgter Befreiung aus derselben, einen Bürgen stellt ⁴⁾. Dagegen ist 2) keine vollständige Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit auf Seiten des Schuldners in Ansehung der ganzen Schuld anzunehmen, wenn derselbe, nachdem er sui iuris geworden, dem Gläubiger in Rücksicht auf das während der väterlichen Gewalt contractirte Geldanlehn bloß ein Pfand giebt. Hier soll die Einrede des Macedonianischen Senatusconsultums nur in so weit wegfallen, als der Werth des Pfandstücks reicht. So lehrt Ulpian *L. 9. pr. D. h. t. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem*. Es ist hier eben so merkwürdig, als in Absicht auf die Erklärung wichtig, daß dieses Fragment, wie die Inscription desselben beweist, aus eben dem *libro 29. Ulpiani ad Edictum* genommen ist, aus welchem auch die oben angeführte bestrittene *L. 7. §. 16. D. eod.* entlehnet worden, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß dasselbe mit dem angeführten §. 16. der *L. 7.* einen unmittelbaren Zusammenhang gehabt habe. Nun zeigen die Worte *Sed si* ganz unverkennbar einen Gegensatz an, und geben einen deutlichen Beweis, daß hier eine ganz andere Entscheidung ein-

42) *L. 4. Cod. de non num. pecun.* IOPERT cit. Diff. §. 10. et 15.

43) S. DONELLUS *Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. pag. 616.* FROMMANN *Diff. de Senatusconsulto Macedoniano. §. 39.*

ehntrete, als in dem unmittelbar vorher §. 16. der L. 7. vorgetragenen Falle. Sie bestärken zugleich aufs neue die Richtigkeit der oben angenommenen Erklärung, daß die Worte *cessabit Senatusconsultum* in dem angeführten §. 16. gar keinen andern Sinn haben können, als daß eine Partialzahlung das Macedonianische *Senatusconsultum* ganz ausschließe, und daher die Einrede desselben auch wegen des Schuldrests nicht weiter Statt finden könne. Zwar läugnen diejenigen, welche dennoch das Gegentheil behaupten⁴⁴⁾, daß eine Nothwendigkeit vorhanden sey, den Worten *Sed si* gerade einen adversativen Sinn beizulegen. Sie meinen, daß hier das Wort *et* einzuschalten, und daher *Sed et si* zu lesen sey⁴⁵⁾. Nicht nur diese Stelle sey es, sondern noch weit mehrere kämen in unsern Gesetzen vor, wo es der Zusammenhang nothwendig mache, daß man statt *sed*, *sed et* lesen müsse⁴⁶⁾. Wie leicht könnte nicht auch *sed et* in *set* zusammengezogen worden seyn! es fehle wenigstens nicht an alten Handschriften, in welchen statt *sed*, *set* gelesen werde. Allein daß die florentinische Lesart, mit welcher auch fast alle Ausgaben der Pandecten übereinstimmen, hier keiner solchen Emendation bedürfe, leuchtet in

44) Man sehe z. B. BACHOV ad *Treutlerum* c. 1. und REINOLD cit. Diff. Cap. 3. §. 4.

45) Die Gegner hätten sich hier auf die Ausgabe des Petrus ab Urea Baudoja Cestius berufen können, in welcher wirklich *Sed et si* gelesen wird.

46) Man führt hier die L. 5. §. ult. D. ad L. Aquil. vergl. mit L. 13. §. 4. D. Locati; ferner die §. 6. I. de Interdict. vergl. mit L. 1. §. 2. D. de vi et vi arm. Desgleichen die L. 9. §. 1. D. de usufr. und L. 4. §. 1. D. de rer. divis. als Beispiele an.

in die Augen. Es fragt sich nur, warum gerade in dem Falle, da der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfand gegeben hat, die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nur bis auf den Werth der zum Pfande gegebenen Sache dem Schuldner zu versagen sey; da doch die Vernunft eben so wenig Bedenken findet, aus einer solchen Pfandgebung eine Anerkennung der ganzen Schuld abzuleiten, als aus der abschläglichen Bezahlung eines Theils der Schuld. Denn das Pfand ist ja eine Accession der Schuld, und kann ohne eine Hauptschuld nicht gedacht werden; wer nun wegen einer solchen Schuld Sicherheit leistet, muß doch wohl die Existenz derselben anerkennen. Das Unterpfand ändert auch nichts in der Natur der Hauptverbindlichkeit, es mag seinem Werthe nach dem Betrage der Hauptschuld gleich seyn oder nicht. Wie kann also der Werth des Pfandes die Gränze bestimmen, wie weit der neue Paterfamilias seine Zahlungsverbindlichkeit anerkenne? Nur die freie und unbedingte Uebergabe des Pfandes an und für sich ist diejenige Handlung, aus welcher die Anerkennung des Ganzen gefolget wird, ohne daß ein höherer oder geringerer Werth des Unterpfandes den so wichtigen Einfluß einer Theilbarkeit bewirken mag. So sprechen Vernunft und Natur des Pfandes gegen Ulpian's Entscheidung. Die Rechtsgelehrten ⁴⁷⁾ haben nun zwar zur Rechtfertigung derselben mancherley Gründe angeführt; allein wie wenig

da.

47) Man vergleiche *Ant. FABRI* Rational. in Pand. ad L. 9. pr. D. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. DONELLI Comment. de iure civ. Lib. XII. cap. 28. BRUNNEMANN Comment. ad Dig. pag. 639. ALEX. Diss. de SCto Macedon. Cap. V. §. 84. sqq.

dadurch das Problem aufgelöst sey, warum durch Gebung eines Unterpfandes die Schuld nur bloß bis auf den Werth des Pfandes für anerkannt zu halten sey, hat Elsäßer ⁴⁸⁾ hinlänglich gezeigt. Gerhard Noodt ⁴⁹⁾ hält es daher für eine ganz vergebliche Mühe, den wahren Grund der Sache ausfindig zu machen. Denn es scheine Ulpian's Entscheidung mehr auf einer bloßen Auctorität, als auf einem sichern Rechtsgrunde zu beruhen. Dem allen ohngeachtet zweifle ich keinen Augenblick daran, daß sich Ulpian's Entscheidung vollkommen rechtfertigen lasse. Herr Hofr. Schöman ⁵⁰⁾ glaubt zwar, Ulpian's Fragment, welches allerdings etwas dunkel sey, könne nicht den Sinn haben, welchen man demselben gewöhnlich unterlegt, sondern es sey vielmehr so zu übersetzen:

„Hätte aber der Darlehnschuldner, als Hausvater, ein Pfandstück gegeben, so muß er sich nach gezahlter Schuld, wofür er es gegeben hatte, die Retention desselben auch in Betreff des Gelddarlehns noch gefallen lassen.“

Allein ich trage Bedenken, ihm hierin beizustimmen. Man kann allerdings zugeben, daß die Befugniß des Gläubigers, das Pfand auch für eine Schuld, wofür es nicht gegeben war, zu retiniren, schon vor der bekannten Constitution des Krs. Gordian *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri posse*, welche sonst gewöhnlich

48) Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Bd. Nr. I. §. 8. ff.

49) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 343.

50) Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 210. ff.

lich als die erste Quelle angeführt zu werden pflegt, zum Rechtsinstitut erhoben war⁵²⁾. Denn Gordians Verordnung ist ein Rescript. Daß aber die Römischen Kaiser durch Rescripte in der Regel kein neues Recht einführen, sondern in denselben nur nach dem gemeinen Rechte entschieden, ist eine bekannte Wahrheit⁵³⁾. Schwerlich wird man sich indessen davon überzeugen können, daß Ulpian in der *L. 9. D. h. t.* an dieses Retentionsrecht des Pfandgläubigers wirklich gedacht haben sollte. Ohne zu berühren, wieviel in das Fragment hineingetragen werden müßte, um ihm jenen Sinn beizulegen — der Sohn müßte, als *Paterfamilias*, das Pfand für eine neue Schuld gegeben haben — so lehrt ja der unmittelbare Zusammenhang dieser Stelle mit *L. 7. §. 16. D. eodem* ganz augenscheinlich, daß hier blos die Frage davon sey, in wiefern durch eine nach der Befreiung aus der väterlichen Gewalt geschehene Anerkennung einer während derselben gemachten Geldschuld die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults ausgeschlossen werde. Nichts war natürlicher, als die Erörterung der zwey Fälle: a) wenn der Schuldner, als *Paterfamilias*, einen Theil an jener Schuld bezahlt, b) wenn er in Rücksicht einer solchen Schuld ein Pfand gegeben hat, welches aber von geringerm Werthe ist, als die Schuld beträgt. Von dem allen aber abgesehen, darf man

52) Die *L. 20. D. Qui potior. in pign.* läßt sich allerdings, ohne ein solches Retentionsrecht des Gläubigers anzunehmen, nicht wohl erklären.

53) C. RÜTTMANNI *Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. p. 108.* und Ebda u. *Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.*

man nur erwägen, daß sich die Einrede des Macedon. Senatusconsults wohl nicht anders denken läßt, als wenn der Gläubiger auf die Bezahlung des Darlehns klagt. Wenn hingegen der Gläubiger, ohne zu klagen, blos das Retentionsrecht an einem Pfande für eine andere Forderung, für welche ihm solches nicht gegeben war, ausübt, so kann zwar, wenn nach bezahlter Pfandschuld das Pfand vom Schuldner zurückgefordert wird, von einer demselben entgegenstehenden *exceptio doli mali* ⁵³⁾, aber wohl nicht von einer dem Schuldner zustehenden *exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, von welcher doch hier Ulpian ausdrücklich spricht, die Rede seyn. Alles erwogen, scheint mir noch immer die Erklärung des Voet ⁵⁴⁾ die treffendste zu seyn, wenn er sagt, daß in der Pfandgebung die stillschweigende Protestation liege, der Schuldner wolle die Schuld weiter nicht anerkennen, als so weit der Werth des Pfandes zur Befriedigung des Gläubigers reicht. Das Pfand ist zwar freylich eine Accession der Schuld, und läßt sich ohne das Daseyn derselben nicht denken. Allein es verwandelt keine unwirksame Verbindlichkeit in eine klagbare, sondern läßt sie an und für sich auf ihrem Werthe beruhen. Wenn daher der Schuldner, nachdem er *sui juris* geworden ist, in Rücksicht eines während der väterlichen Gewalt contrahirten Geldanlehns ein Pfand giebt, so ist zwar die Verpfändung an sich gültig, allein
die

53) *L. un. C. Etiam ob chirogr. pecun.* sagt: *Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.*

54) *Comm. ad Pand. h. t. §. 8.*

Die Wirkung derselben kann sich ihrer Natur nach weiter nicht erstrecken, als daß der Gläubiger, bey unterbleibens der Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung veräußere. Der Schuldner hat sich also auch zur Befriedigung seines Gläubigers nicht weiter verbindlich gemacht, als soweit solche aus dem Werthe des Unterpfandes genommen werden kann. Reicht nun der Werth dazu nicht hin, so kann die Pfandgebung an sich wegen des Ueberrests der Schuld den Effect der Klage nicht mit sich führen. Mit dieser Erklärung stimmt auch der heutige Gerichtsgebrauch überein ⁵⁵).

§. 902.

Desgleichen Einwilligung und Genehmigung des Vaters.

Weil der Macedonianische Senatsschluß, wie bereits oben bemerkt worden ist, zugleich das Beste der Väter zum Zweck hat; so ist natürlich davon kein Gebrauch zu machen, wenn die Selbstaufnahme vom Sohne mit des Vaters Einwilligung geschehen ist. Es kann sich daher so wenig der Vater, als der Sohn darauf berufen 1) wenn der Vater in das Geschäft entweder gleich Anfangs ausdrücklich gewilliget, oder solches wenigstens nachher genehmiget hat ⁵⁶). Nach einer neuern Verordnung des Krs Justinian soll durch eine solche Genehmigung des

2

Wa

55) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 12.

56) L. 2. Cod. h. t. Zenodorus, si patris voluntate contracti, — non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. C. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XII. cap. 27. pag. 614. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. und MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 57. not. p. v. et §.

Vaters das Geschäft rückwärts in allem Betracht völlgültig werden, eben so als ob der Vater gleich anfangs darein gewilliget hätte. Sancimus, sagt Justinian *L. ultima Cod. h. t. quemadmodum, si ab initio voluntate patris, vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur; ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum: cum testimonium paternum respue- re satis iniquum sit. Necessè est enim patris ratihabitio- nem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse abfimilem: cum nostra novella lege generaliter omnis ratihab- itio prorsus retrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsequuta sunt.* Es kann auch dem Gläubiger eine nach- her erfolgte Willensänderung des Vaters zu keinem Nach- theile gereichen, wenn er, ohne davon Wissenschaft erhal- ten zu haben, dem Auftrage des Vaters gemäß das Dar- lehn dem Sohne ausgezahlt hat. Paulus sagt *L. 12, D. h. t. Si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatuscon- sulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.* Uebrigens ist es, wegen des leicht möglichen Betrugs, noch für keinen Beweis der väterlichen Einwilligung oder Genehmigung zu halten, wenn die Handschrift blos mit des Vaters Petschaft besiegelt⁵⁷⁾, wohl aber, wenn sie vom Vater selbst eigenhändig unterschrieben ist⁵⁸⁾.

2) Wenn

57) *L. 2. Cod. de reh. alien. non alienand.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

58) *L. 1. §. 4. D. Quod iussu, et Arg. L. 56. §. 1. D. de pi- gnor. et hypoth.* HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4136. Christi. Gottl. Omsl. u. von Aufhäuser. über Ver- träge

2) Wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und dazu schweigt, ohne dem Gläubiger seine Mißbilligung sofort ausdrücklich zu erkennen zu geben⁵⁹⁾, oder wenn er die Schulden seines Sohns schon öfters, ohne Widerspruch, bezahlt hat⁶⁰⁾. Denn hierdurch hat er stillschweigend in den Credit, und fernern Credit des Sohns gewilliget. 3) Wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters Handlung treibt, und das Geldanlehn zum Behuf derselben aufgenommen hat⁶¹⁾. Hier fällt das Senatusconsultum darum weg, weil die Einwilligung des Vaters zu vermuthen war, wenn nicht die Geldaufnahme dem Sohne ausdrücklich war untersagt worden, wie Ulpian lehrt *L. 7. §. 11. D. h. t.*⁶²⁾. Wäre der Sohn nur als Factor der Handlung vorgesetzt, und er hätte in dieser Qualität Gelder aufgeborgt, so behaupten zwar mehrere

trüge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere: §. 103. S. 226.

59) *L. 12. L. 16. D. h. t.* wo es heißt: *debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.* S. VOET c. 1. §. 4. in fin.

60) LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. III. Specim. CLXIII. med. 2. SCHAUMBURG *Compend. iuris Dig. h. t. §. 5.*

61) STRAUW *Synt. iur. civ. Ex. XX. Th. 57.* WISENBACH *Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVIII. Th. 31.*

62) Ulpian sagt: *Nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.* Ant. FABER in *Rational. in Pand. ad h. L.* hält nicht ohne Grund die Worte *merces accipere* für fehlerhaft, und will dafür *pecuniam accipere* gelesen wissen. Haloander hat *mutuum accipere.* Mit dieser Lesart stimmt auch unser *Cod. Pand. Erlang.* überein.

te⁶³⁾, daß das Macedonische Senatusconsult nur in Ansehung des Präponenten wegfalle, insofern gegen diesen die actio infortoria begründet sey; der Sohn hingegen könne sich noch immer mit der Einrede jenes Senatusconsults schützen. Allein die angeführte L. 7. §. 11. h. t. unterscheidet vielmehr nicht undeutlich, ob der Vater selbst den Sohn seiner Handlung vorgesezt hat, oder ob der Sohn einer Fremden Handlung als Factor vorsteht. In dem ersten Falle sagt Ulpian: Locum esse Senatusconsulto. Scribit enim JULIANUS libro 12. ipsum quidem infortorem *exceptione Senatusconsulti* usurum, si conveniatur: sed *infortoriam actionem* adversus eum, qui praeposuit, competere. In dem letztern Falle hingegen behauptet Ulpian bestimmt das Gegentheil: Quamquam, sagt er, si *ipse pater* eum praeposuisse *merci suae*, vel *peculiarem* (sc. mercem) exercere passus esset, cessaret *Senatusconsultum*⁶⁴⁾. In allen diesen Fällen nun, wo die Gelbkaufnahme mit Einwilligung oder Genehmigung des Vaters geschehen ist, kann auch

63) VOET Comm. h. t. §. 5. HOJACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4136. nr. III.

64) Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 4. Const. 2. pag. 36a. überein, wo es heißt: Εάν υπεξούσιος ὁ προεσῶς δανείσῃται ὁ μὲν προήσας αὐτὸν ἐνάγεται τῇ κατὰ τοῦ προήσαντος κινουμένη ἀγωγῇ αὐτὸς δὲ τὴν τοῦ δόγματος ἔχει παραγραφήν, εἰ μὴ ὁ πατὴρ αὐτὸν τῆς ἰδίας προεσήσατο πραγματείας. ἤνεσχετο ἐν τῇ πεκουλίῳ αὐτὸν πραγματεύεσθαι. i. e. Si *filiusfamilias infortor mutuam pecuniam acceperit, ille quidem, qui eum praeposuit, actione infortoria convenitur: ipse vero Senatusconsulti exceptionem habet, nisi pater eum merci suae praeposuit, vel in peculio negotiari passus est.*

auch eine Verpfändung solcher Sachen, die dem Vater gehören, für eine solche Schuld gültig gehalten; und es wird auch kein Beweis einer nützlichen Verwendung erforderlich. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. C. h. t. Si permittente patre filio familias pecuniam mutuam dedisti: Senatusconsulti potestas non intervenit, et ideo persecutio pignoris, quod in bonis patris fuit, non denegabitur: praefertim cum idem filius heres extiterit: modo si nullus alius iure conventionis vel ratione temporis et ordinis potior apparuerit.

L. 5. Cod. eodem. Sane si iussu patris datum mutuum probetur: nec in quos usus versa sit pecunia, disquiri necesse est, sed perpetua in patrem, etiam mortuo filio, est actio.

4) Wenn das Geld zum Besten des Vaters entweder unmittelbar verwendet worden, oder damit solche Ausgaben bestritten sind, welche dem Vater pflichtmäßig oblagen⁶⁵⁾. Daß der Sohn das Geld gleich Anfangs wirklich und namentlich zum Besten des Vaters ausnahm, ist nicht nöthig. Wenn er es auch für sich borgte, und es nur nachher zum Nutzen des Vaters verwendet hat; so findet das Senatusconsultum keine Anwendung. Folgende Gesetzesstellen werden alles dieß hinlänglich bestärken.

L. 7. §. 12. D. h. t. Proinde si accepit pecuniam, et in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum: patri enim, non sibi accepit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare Sena-

65) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. III. cap. 27. pag. 614.
Verb. *Altera exceptio est. etc.*

Senatusconsultum, libro 12 Digestorum IULIANUS ait: *intelligendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.* Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum ⁶⁶⁾ solvit, et ideo, si pater ignoravit ⁶⁷⁾, adhuc Senatusconsulto locus erit.

L. 2. Cod. eodem. Zenodorus si — in eam rem pecuniam accepit, *quae patris oneribus incumberet,* — non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

Es gehören hierher vorzüglich folgende Fälle. a) Wenn der Sohn, in der Entfernung von seinem Vater, zur Befreiung der Studier- oder Legationskosten Geld aufgenommen, soweit ihm nämlich dazu nöthig war, und ihm der Vater gewöhnlich selbst zu schicken pflegte ⁶⁸⁾.

L. 9. §. 13. D. h. t. Quod dicitur, in eo, qui studiorum causa absens mutuam acceperat, cessare Senatusconsultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutuo non excessit: certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

L. 5.

66) Zwischen dem Vater und seinem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne kann zwar keine bürgerlich vollgültige, aber wohl eine natürliche Verbindlichkeit statt finden. *L. 50. ad Sc. Trebell. L. 16. D. de furt. L. 38. D. de condict. in deb.* Nahm also der Sohn zur Tilgung derselben Geld auf, so verwendete er solches blos zu seinem eigenen Gebrauche. *S. Ant. FABRI Rational. in h. L.*

67) Wurde der Vater, daß der Sohn das Geld geborgt hatte, womit er ihn bezahlte, so kann er sich nicht mehr mit der Einrede des Senatusconsults schützen,

68) *S. O m e l i n* von Aufgaben über Verträge §. 103. *S. 220. ff.*

De Senatusconsulto Macedoniano. 339

L. 3. Cod. eodem. Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filiosam. *studiorum vel legationis causa* alibi degenti, ad *necessarios sumtus*, quos patris pietas non recusaret, cre- dita est.

Wider ein solches Ansehn kommt weder dem Vater noch dem Sohne das Macedoniarische Senatusconsultum zu statten⁶⁹⁾; ja nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten⁷⁰⁾ auch nicht einmal dann, wenn das zur Bestreitung nothwendiger Ausgaben ausgenommene Geld vom Sohne nachher verschleudert worden wäre. Allein nach einer richtigeren Theorie ist diese Meinung billig zu verwerffen⁷¹⁾. Es wird vielmehr, wenn das Senatusconsultum ganz wegfallen soll, vorausgesetzt, daß die nützlich geschehene Verwendung erweislich sey. Die oben angeführte *L. 3. Cod. h. t.* läßt keinen Zweifel übrig, wenn man besonders damit *L. 3. §. 9. D. de in rem verso* verbindet. Man beruft sich zwar dagegen auf *L. 47. §. 1. D. de solutionib.* wo Marcian, in Beziehung auf die Auctorität des Scävola, sagt: *In filiofamilias Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuum pecuniam acceperit, et eam perdidit.* Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle mit den vorhergehenden Worten, und die Vergleichung, welche hier Marcian zwischen einem Pupillen und einem Familiensohne anstellt, lehrt ganz deutlich, daß von einem

69) *S. Ehbaut System* 1. B. §. 378.

70) *MÜLLER ad Struvium Exerc. XX. Th. 67. not. 6. pag. 1339.*
VOET Comm. h. t. §. 5. FROMMANN Diss. de Scro Macedon.
§. 51.

71) Man sehe vorzüglich *DONELLUS c. 1. pag. 615.*

einem solchen Falle die Rede sey, wo der Sohn das zu nöthigen Ausgaben, von welchen er den Vater dadurch befreiete, aufgenommene Geld zwar zweckmäßig verwendet, die damit angeschaffte Sache aber nachher zufällig wieder verloren hat. Hier soll dennoch das Macedonianische Senatusconsult wegfallen, weil der Vater doch noch immer insoweit locupletior ist, daß demselben durch die Geldaufnahme seines Sohns eine pflichtmäßige Ausgabe erspart wurde, wie Franz Florens⁷²⁾, und Robert Joseph Potthien⁷³⁾ dieses Fragment ganz richtig erklärt haben. b) Wenn der Sohn das Geld aufnahm, um eine gültige Schuld damit zu bezahlen, welche der Vater hätte bezahlen müssen. Ulpian sagt L. 7. §. 14. *D. h. t.* Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summo veretur, Senatusconsulti cessabit exceptio. c) Wenn der Sohn mit dem Gelde seine Schwester dotirte, welcher der Vater ein Heyrathsgut zu geben schuldig war. Diesen Fall führt Paulus L. 17. *D. h. t. an*, wo es heißt: *Filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim, mortua in matrimonio puella, repetitio dotis datur*⁷⁴⁾. Keinesweges ist es jedoch für

72) Tractat. ad Titulum Dig. et Cod. de solutionib. et liberat. ad L. 47. cit. in *Eius Operib. iuridic. cura Ignat. Christoph. Lorber a Stoerchen edit. Tom II. (Norimb. 1756.) 4.* pag. 494.

73) Pandect. Justinian. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. XX. not. c. et d. pag. 354.

74) *Manberg'sche* noch L. 5. §. 8. *D. de iure dot.* und Müller ad *Struvium* Ex. XX. Th. 57. not. o. Nr. III.

sir eine versio in rem patris zu halten, wenn die Wittentochter das erborgte Geld auf ihren Fuß verwendet hat, oder das Geld noch baar in dem Peculium des Sohns vorhanden ist, wie Ulpian L. 9. §. 2. D. h. t. lehrt. Hoc Senatusconsultum et ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmatur, ornamenta ex ea pecunia comparasse: nam et ei quoque, qui filiofamilias credit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest, consumti sint nummi, an exsint in peculio ⁷⁵⁾. Mehrere Rechtsgelehrte ⁷⁶⁾ glauben zwar, daß wenn das Geld sich noch baar in den Händen des Sohnes befindet, diesem wenigstens die Einrede des Senatusconsults nicht zu gestatten sey, weil die Billigkeit nicht erlaube, sich mit des Andern Schaden zu bereichern. Allein dagegen haben schon andere mit Recht erinnert, daß von dieser Regel der Billigkeit hier kein Gebrauch zu machen sey, wo das Gesetz dem Gläubiger zur Strafe die Klage versagt ⁷⁷⁾.

Aus

- 75) Daß deshalb die actio de peculio auch gegen den Vater nicht begründet sey, lehrt L. 6. Cod. h. t. ausdrücklich. Zwar scheint L. 1. Cod. Ne filius pro patre entgegen zu stellen, wo es heißt: Neque si contra Senatusconsultum Macedonianum mutua pecunia data est, amplius, quam de peculio actionem sustinere cogitur. Allein alle Schwierigkeit hebt sich, wenn man statt neque si vielmehr neque est liest. Man sehe Herm. CANNIGIETER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11. pag. 184. fgg.
- 76) VOLT Comm. h. t. §. 5. in fin. und de COCCYI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

77) S. Hug DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 25. §. Et omnem hanc actionem etc. pag. 609. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 9. §. 2. D. h. t. Ger. NOODT Comm.

ad

Aus allem ergibt sich also so viel, daß nur die Einwilligung oder Genehmigung des Vaters, sie geschehe nun ausdrücklich oder stillschweigend, oder lasse sich unter Umständen vermuten, das Macedonianische Senatusconsult ausschliesse. Dagegen steht die Einwilligung der Mutter, den Darleher eben so wenig, als die Zustimmung des dem Sohne auf die Academie mitgegebenen Hofmeisters ⁷⁸⁾.

§. 903.

Einrede des Macedonianischen Senatusconsults.

Das Macedonianische Senatusconsult giebt nur eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers. Diese Einrede gehört zu den dinglichen Exceptionen, welche auf der Sache haften, und steht daher nicht nur dem Sohne, sondern auch dem Vater, so wie auch beyder Erben zu ⁷⁹⁾. Ob selbige auch dem Bürgen zu Statten komme, hat zwar bestritten werden wollen ⁸⁰⁾. Allein für die bejahende Mei-

ad Dig. h. t. §. *Us igitur apparet.* pag. 340. *Ev. otto* Commentar. ad §. 7. I. Quod cum eo, qui in al. pot. est. not. 4. *EMMINGHAUS* ad *Coccejum* c. 1. not. 6. pag. 283. und *Thibaut* System des P. R. 1. B. §. 378.

78) *S. GASSER* select. Observat. for. Cap. VIII. Obs. 31. nr. 9. *LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIII. medit. 6. *Jo. Ge. BRÜCKMANN* Diss. de filiofam. in genere paciscente, in specie mutuum contrahente. Erf. 1748. Cap. 2. §. 4. in fin.

79) *L. 7. §. 10. D. h. t.* Quamquam autem non declarat Senatus, cui exceptionem dat, tamen sciendum est, et heredem filii, si paterfamilias decesserit, et patrem eius, si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posse.

80) *S. Jo. Laur. DRECHSLER* Diss. de exceptione Scii Macedoniani fideiussoribus filiorumfamilias deneganda. Altorfii 1758.

Melnung sprächen so bestimmte Gesetze, daß es nur Zeitverlust seyn würde, bey dieser Controvers zu verweilen, wenn auch die seichten Gründe der verneinenden Meinung nicht schon von Andern⁸¹⁾ zur Genüge wären widerlegt worden. Folgende Gesetzstellen sind hter ganz entscheidend.

L. 9. §. 3. D. h. t. Non solum filiofamilias, et patri eius succurritur: verum *fideiussori* quoque, et *mandatori* eius: *qui et ipsi mandati habent regressum*, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim, *cum nullum regressum habeant*, Senatusconsultum locum non habebit.

L. 2. D. Quae res pignori. Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est: an his succurritur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei: sicuti fideiussori mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, *qui pro filiosam. rem suam obligavit*, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in *fideiussore eius*.

L. 7. §. 1. D. de exceptionib. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: ut rei iudicatae, doli mali, jurisiurandi, quod metus causa

81) Vergl. *Id. Lud. Jos. BÜTTMANN* Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 19. *Dan. NETTELBLADT* Diff. sist. thesin: Exceptionem SCti Macedoniant etiam fideiussori pro filiofamilias competere. *Halae 1785. Car. Frid. WALCH* Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. memb. II. §. 19. und *Weber's* syst. Entw. d. Verbl. d. Nat. v. d. nat. Verbl. d. Nat. §. 114. und §. 115.

causa factum est. — Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiussert.

Wie hätte auch dem Gläubiger eine wirksame Klage gegen den Bürgen gegeben werden können, ohne zugleich diesem den Regreß gegen den Schuldner zu gestatten? Und was wäre denn nun für ein Unterschied, ob der Sohn dem Gläubiger, oder dem Bürgen zahlt? er wäre hierdurch ein gültiger Schuldner geworden, und das Senatusconsult durch die Annehmung eines Bürgen unwirksam gemacht ⁸²). Wo nun aber freylich jener Regreß wegfällt, kann das Senatusconsultum dem Gläubiger nicht weiter hindern, sein Recht wider den Bürgen klagend zu verfolgen. Dies ist der Fall, wenn letzterer animo donandi die Bürgschaft übernommen hat, das ist, wenn sich der Bürge dem Gläubiger eben dafür zu haften verpflichtet hat, daß wider ihn von der gerichtlichen Unwirksamkeit der Hauptschuld, welche er kannte, kein Gebrauch gemacht werden sollte ⁸³). Nach Ulpian's Aussprüche haftet jedoch der Bürge auch dann, wenn er zwar nicht animo donandi, aber doch mit Einwilligung des Vaters intercedirte, weil hierdurch der Vater das ganze Geschäft genehmiget hat ⁸⁴).
Auffer-

82) *S. Ant. FABRI* Rational. in Pand. ad L. 9. §. 3. h. t. *Io. Adolph. SCHUBERTH* Diss. de fideiussione pro filiofamilias mutuum contrahente invalida. *Lipsiae 1723.* und *Franc. ALEP* Diss. de SCto Macedon. Cap. II. §. 23. et 24.

83) *Webers* angef. Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 113. *S.* 486. f.

84) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

Ausserdem ist die Bürgschaft für eine dem Macedonianschen Senatusconsult zuwider contrahirte Schuld dergestalt ungültig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürge dafür gültig vom Vater gegeben werden kann, wie folgende Stelle beweiset:

L. 11. D. de fideiussorib. Qui contra Senatusconsultum filiofamilias crediderit: mortuo eo, fideiussorem e patre accipere non potest: quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet; nec est ulla hereditas, cuius nomina fideiussores obligari possent. ⁸⁵⁾.

Eben dieses bestätigt auch *Venulejus L. 18. D. h. t.* wo er sagt: Creditorem filiofamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, IULIANUS scribit: quia nulla obligatio aut civilis, aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat. Hat jedoch der Bürge die Schuld bezahlt, so findet eben so wenig eine Zurückforderung statt, als wenn der Sohn selbst gezahlt hätte. Et hi tamen, sagt Ulpian *L. 9. §. 4. D. h. t. qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent*, wovon Paulus *L. 10. D. eodem* den Grund angebt, *quia naturalis obligatio manet*.

Noch entsteht die Frage, ob der Richter auch von Amtswegen auf diese Einrede Rücksicht nehmen, und die

85) *Hug. DONELLUS* Commentarior. de iure civ. Lib. XII. c. 25. §. Altera dubitatio, pag. 610. bemerkt jedoch, daß nach der *Nov. 118. cap. 1.* ein Anders zu behaupten sey, nach welcher ein Sohn, der auch während der väterlichen Gewalt stirbt, einen wahren Erben hinterlassen kann. *Ant. FABER* in Rational. ad *L. 18. h. t.* widerspricht indessen dieser Meinung.

die Klage des Gläubigers verwerffen könne, wenn gleich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht vorgeschützt worden ist. Zellfeld entscheidet diese Frage verneinend. Eben dieser Meinung ist auch Leyer⁸⁶⁾. Andere⁸⁷⁾ hingegen tragen kein Bedenken, jene Frage zu bejahen. Denn das Senatusconsultum sey in solchen Ausdrücken abgefaßt, welche das demselben zumider eingegangene Geschäft schlechterdings und dergestalt für ungültig erklären, daß dem Gläubiger deshalb gar keine Klage gestattet werden solle⁸⁸⁾. Sie behaupten daher, daß der Richter die Einrede dieses Senatschlusses nicht nur ergänzen könne, sondern auch sogar aus Amtspflicht ergänzen müsse. Noch andere⁸⁹⁾ unterscheiden zwischen dem Römischen und heutigen Rechte. Nach dem ersten komme es lediglich darauf an, ob es ganz ausser Streit sey, daß das Geld, auf dessen Bezahlung die Klage des Gläubigers gerichtet worden, dem Beklagten gegen das Macedonianische Senatusconsult geliehen sey, oder ob darüber noch ein

86) Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit 3.

87) S. Ehrst. Wilh. Wehrn Theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. S. 68. S. 124. f.

88) Nicht nur Suetonius in *Vespasiano* cap. 11. sage: *ne exigendi crediti ius unquam esset*: sondern auch in dem Macedon. Senatusconsult heiße es nach *L. 1. pr. D. h. t.* ausdrücklich: *ne actio petitioque daretur*; d. i. es solle durchaus keine Klage, weder eine persönliche (*actio*), nämlich die *condictio certi ex mutuo*, noch eine dingliche (*petitio*), nämlich die *rei vindicatio*, wenn das Geld noch in Natur vorhanden ist, oder die hypothetarische Klage, wenn der Schuld wegen eine Hypothek bestellet worden, Statt haben.

89) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15.

ein Zweifel obwalte. Im ersten Falle habe die Klage so gleich verworfen werden können. In dem letzten Falle hingegen, wo es noch ungewiß sey, ob nicht die Einrede des Senatusconsults durch eine Replic des Klägers entkräftet werden könne, sey zwar dem Gläubiger die Klage nach der röm. Gerichtsordnung gestattet worden, aber mit Vorbehalt der Einrede: *Praeterquam si contra Senatusconsultum pecunia mutua data, vel fraus ei cogitata esset*⁹⁰⁾. Allein heutzutage, und seitdem überhaupt die *impetrationes actionum* durch die *L. 2. C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis* aufgehoben wären, könne die Klage nicht mehr vom richterlichen Amtswegen verworfen, sondern nur durch Hülfe der Exception vernichtet werden. Die richtige Meinung ist unstreitig die, daß der Richter die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nie von Amtswegen suppliren dürfe, wenn sie der Beklagte nicht vorgeschützt hat. Denn da es so viele Fälle giebt, wo diese Einrede wegfällt, wie noch besonders der folgende Paragraph lehren wird, so kann der Richter nie sicher seyn, ob nicht die Einrede durch eine Replic des Klägers entkräftet werden könnte. Nun ist der Richter in der Ungewißheit dem Kläger das rechtliche Gehör zu versagen, offenbar eben so wenig befugt, als der Kläger schuldig ist, gegen eine Einrede, welche nicht vorgeschützt wurde, seine Vertheidigung durch Replic zu führen. Der Richter kann also die Einrede, so lange sie nicht vorgeschützt worden ist, nie für unzweifelhaft halten, und er würde also gegen alle

90) DONELLUS Commentar. Lib. XII. cap. 25. pag. 609. und REYNOLD. Diff. ad SCtum Macedon. Cap. II. §. 8.

Die Forderungen richtiger Grundsätze sein Urtheil auf etwas bauen, worüber beyde Theile noch nicht gehört worden sind. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch selbst das römische Recht überein. Denn nach dem Ausspruche Ulpian's L. 11. D. h. t. kann der Beklagte, auch selbst der Familiensohn, verurtheilt werden, wenn er die Einrede des Senatusconsults nicht vorgeschützt hat. Nun kann sich zwar, wie Ulpian ebenfalls sagt, der Beklagte dieser Einrede auch noch nach erfolgter Condemnation bedienen, und die Execution dadurch abwenden; allein gerade dieses beweist daß ohne Vorschütung dieser Einrede auch zur Execution geschritten werden könne⁹¹⁾. Man sieht hieraus, daß die Einrede des Macedonianschen Senatusconsults zu den privilegirten Einreden gehört, welche auch noch nach der Sentenz in dem Executionstermin vorgeschützt werden kann, sie muß nur sogleich liquid gemacht werden können⁹²⁾.

§. 904.

91) Hiermit stimmen überein *Ulr. HUBER* in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et Lib. XVI. Tit. 1. §. 7. und *SÖNNER* im Handbuch des deutsch. gemeinen Prozeßes 1. Band. Nr. X. §. 13.

92) *Io. SCHILTER* in Prax. iur. Rom. Ex. XXVII. §. 78. meint zwar, nach der heutigen Praxis lasse sich dieses nicht mehr behaupten. Allein man sehe *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *de COCCEJI* iur. civ. controv. h. t. Qu. II. *Io. Pet. de LÜDEWIG* Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. Diff. XI. und *LEYSER* Meditat. ad Pand. Specim. CLXIII. medit. 5. Zwar will *MÜLLER* in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Obs. 348. einen Unterschied machen, ob die exceptio SCti Macedoniani vom Sohne selbst, oder von einem Andern, §. B. von dem Erben oder Bürgen vorgeschützt werde. Nur im ersten Falle könne sie noch zur Abwendung der Execution gebraucht werden, in dem andern Falle aber nicht. Allein diese

§. 904.

Fälle, wo die exceptio SCi Macedon. ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden kann.

Es giebt nun noch mancherley Fälle, wo die Einrede des Macedonianschen Senatusconsults nicht statt findet, und zwar kann sie in einigen blos vom Sohne nicht, in andern aber weder vom Vater noch vom Sohne vorgeschützt werden.

1) Der Sohn kann sich derselben nicht bedienen 1) wenn er ein seiner freien Administration unterworfenes Peculium besitzt. Von dieser Art ist nicht blos das peculium castrense, und quasi castrense⁹³⁾, sondern unstreitig auch das peculium adventitium extraordinarium. In Rücksicht des letztern sind zwar mehrere Rechtsgelehrte⁹⁴⁾ anderer Meinung. Allein da nach der Nov. 117. Kap. 1. dem Familiensohne, wenn er majorenn ist, die freie Verwaltung eines solchen Peculiums wenigstens unter den Lebenden zusteht, so läßt sich die Richtigkeit jenes Grundsatzes mit Recht nicht bezweifeln⁹⁵⁾. Jedoch hat

3. 2

diese Meinung widerlegt sich dadurch von selbst, daß Ulpian L. 11. D. h. t. sagt: der Sohn könne sie vorschützen *exemplo mulieris intercedentis*. S. EMMINGHAUS ad Caccesium cit. loc. not. v.

93) L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. §. ult. 1. de milit. restam.

94) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. Io. Pet. de LUDEWIG Differentias iuris Rom. et Germ. in mutuo. Halae 1715. Differ. X. not. cc. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4123. not. d.

95) CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. BERGER Oecon. iuris Lib. III.

tet er nur, soweit das Pecullum zureicht⁹⁶). 2) Weislich der Sohn lägenhaft für einen Patersfamilias ausga und der Gläubiger auch erweislich guten Grund hatte, die Behauptung seines Schuldners Glauben bezuzumessen⁹⁷. Denn auch selbst die Lüge des Sohns schließt an sich die Einrede des Macedonianischen Senatusconsults nicht aus wenn der Gläubiger wußte, oder leicht wissen konnte, daß sein Schuldner noch in der väterlichen Gewalt sey⁹⁸). 3) Wenn er nach seiner Entlassung aus der väterlichen Gewalt, sie sey durch Emancipation oder eine Würde, oder auf andere Art geschehen, das während derselben contractirte Anlehn genehmiget hat⁹⁹).

II. Nicht

Tit. II. Th. 2. Not. 10. STRYK de cautel. contract. Sect. II. Cap. I. §. 14. FROMMANN Diff. de SCto Macedon. §. 26. ALEF Diff. cit. §. 66. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. contr. an Macedon. SCtum profit filiofam. peculium irregulare habenti. *Lipsia* 1775. *Gall. Aloys.* KLEINSCHRÖDT Diff. de iure filiofam. dispondendi de peculio. Cap. I. §. 9. v. a. m.

96) L. 2. D. h. t. Usque ad quantitatem castrensis peculii: cum filiofam. in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. Das Nämliche gilt unstreitig auch vom peculio quasi castrensi und adventitio irregulari. *S. Mich. God.* WERNHER Lectissimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

97) L. 1. Cod. h. t. Si filius, cum in potestate patris esset, mutuum a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

98) Man vergleiche hier vorzüglich DONELLI Commentar. de iure civ. Lib. XII. cap. 26. §. *Causae extrinsecus intervenientes* etc. pag. 612.

99) L. 2. Cod. eodem. DONELLUS c. I. cap. 28. pag. 616.

II. Nicht nur von Selten des Sohns, sondern auch des Vaters fällt die Einrede weg, 1) wenn der Sohn zur Zeit des Contractes Soldat war. Es kommt hier nichts darauf an, das Geld sey geliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, der Vater habe seine Einwilligung dazu gegeben, oder nicht, der Sohn habe ein *pécunium castrense* oder nicht ¹⁰⁰⁾. Die hierher gehörige merkwürdige Constitution des Krs Justinian L. 7. §. 1. *Cod. h. t.* ist schon an einem andern Orte *) erklärt worden. 2) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, den Sohn für einen freien Hausvater zu halten ²⁾. Da jedoch Jeder, welcher sich mit einem Andern in ein Geschäft einlassen will, sich um die Verhältnisse desselben bekümmern muß ³⁾, so liegt hier immer dem Gläubiger der Beweis ob ⁴⁾. Sollte von mehreren *correis credendi* zwar der einen den Zustand des Schuldners nicht gekannt, der andere aber gewußt haben, daß er noch unter der väterlichen Gewalt stehe,

100) DONELLUS Commentar. Lib. XII. c. 24. §. *Exceptus est* etc. pag 606.

1) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 78a. S. 58. ff.

2) L. 3. pr. D. h. t. *Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publice pat. familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahabat, sic muneribusungebatur: cessabit Senatusconsultum.* L. 2. *Cod. h. t.* Zenodorus, si, *cum sui iuris esse publice videretur.* etc. S. DONELLI Commentat. cit. libr. cap. 26. §. *Consae extrinsecus intervenientes* pag. 612.

3) L. 19. pr. D. de div. reg. iuris.

4) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. UND WALCH Introd. in contr. juris civ. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 17.

stehe, so schadet die Wissenschaft des einen dem andern. Der Grund liegt theils darin, weil es hier dem Unwissenden leicht möglich war, den Zustand des Schuldners zu erfahren, theils in der Natur der Correobligation, deren Einheit es mit sich bringt, daß wenn der Schuldner von der Klage des einen Correobligäbigers ist freygesprochen worden, er sich auch mit der nämlichen Einrede gegen die Klage des andern schützen kann⁵⁾. 3) Wenn der Anleiher des Geldes noch unter Vormündern und Curatoren stand. Hier ist jedoch zu unterscheiden, ob diese in die Anleihe willigten, oder nicht. In dem ersten Falle erhält der Gläubiger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; in dem letztern aber ist das Anlehn ungünstig, und das noch vorhandene Geld kann vindicirt, das consumirte aber mit einer Condition zurückgefordert, oder auch, wenn die Consumtion mala fide geschah, ad exhibendum auf das Interesse geklagt werden⁶⁾. Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Anleiher noch unter der väterlichen Gewalt stand, und das Anlehn von dem peculio profectio ohne den Willen des Vaters gab. Non enim, sagt Ulpian L. 3. §. 2. D. h. t. perdere ei pecuniam pater concedit, cum peculii administrationem per-

5) L. 7. §. 7. in fin. D. h. t. Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate se, verius dicendum est, utriusque nocere.

6) S. DONELLUS c. 1. §. Sed quod dicitur. pag. 612. UND VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

7) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 11. §. ult. D. de minorib. Arg. §. ult. I. Quib. alienare licet. iunct. L. 3. Cod. de in integr. restit. minor. S. VOET Comm. h. t. §. 6. UND LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

permittit; et ideo vindicationem nummorum patri superesse. Viele ⁸⁾ wollen dieses auch auf Städte und Kirchen anwenden, weil diese nach dem neuern Rechte die iura minorum genießen. Diesen stimmt auch Zellfeld bey. Allein dieser Meinung freiten klare Gesetze entgegen. Denn *L. 6. D. de Verb. Signif.* sagt ausdrücklich: *Civitates iure privatorum utuntur toties, quoties de favore ipsis specialiter indulto non constat.* Nun haben Städte hierin keinen gesetzlichen Faveur. Vielmehr sagt *L. 15. D. h. t.* *Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an civitas? nam in civitate quoque Senatusconsultum locum habere.* *Divi SEVERUS* et *ANTONINUS* rescripserunt. Zwar haben Städte und Kirchen sonst allerdings die iura minorum; allein es ist schon bey einer andern Gelegenheit ⁹⁾ bemerkt worden, daß das besondere Recht, welches nach dem Beispiele eines andern eingeführt worden ist, der eigenen und ursprünglichen Rechtswohlthat nachstehen müsse. Mit Recht behaupten daher Anton Faber ¹⁰⁾, Dionys. Gothofredus ¹¹⁾, Joh. Jacob Wissenbach ¹²⁾ und Wolfgang Adam

8) VOLT h. t. §. 3. BOEHMER *Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6.* SCHAUMBURG *Comp. iuris Dig. h. t. §. 7.* *Mich. God. WERNER* *Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 6.* EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 1. not. i.* *Es habe System des Pand. N. 1. Th. §. 378. a. E.*

9) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 27. Man sehe auch *Io. Jac. Casp. WOLTERS* *Diss. de iure singulari, de privilegiis, eorum collisione et praelatione inter se. Gostinggae 1809. §. 24.*

10) *Rational. in Pand. ad L. 15. D. h. t.*

11) *Not. ad L. 15. cit.*

12) *Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXVIII. Th. 29.*

Adam Lauterbach ¹³⁾, daß hierin durch das neue Recht nichts abgeändert worden sey.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar mehreren Rechtsgelehrten ¹⁴⁾ den heutigen Gebrauch des Macedonischen Senatusconsults bezweifeln wollen, weil die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Deutschland früher und leichter geschehen könnte, als bey den Römern, und daher die schweren Folgen, welche das Römische Recht dadurch abzuwenden suchte, jetzt nicht mehr zu besorgen wären. Allein da der Grund desselben, daß nämlich den Söhnen durch den Geldcredit keine Gelegenheit zu Ausschweifungen gegeben werde, auch noch jetzt Statt findet; so streiten andere practische Rechtsgelehrten ¹⁵⁾ billig für den heutigen Gebrauch dieser wichtigen Verordnung.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

14) TULDENUS in Comment. ad h. Tit. Pand. et Cod. *Ge. BEYER* Delineat. iuris civ. ad Pand. ad h. Tit. *Io. Wilh. MARCKART* Exercit. de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno. in *EIUS* *Exercitationib. academ. (Hardervici 1751. 4.)* Exercit. VII. pag. 285. sqq.

15) *O. WERNER* Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 334. *Strebens* rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 156. *God. Lud. MENCKEN* Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in *Germania-Vitembergae 1751.* und Meinungen einiger Rechtsgelehrten über die heutige Anwendbarkeit des Macedonianischen Senatusconsults. Deutschland 1806. 8.

Lib. XV. Tit. I.

De Peculio.

§. 905.

Wesen des Peculiums, besonders des *peculii profectitii*.

Zu den Klagen, welche *adjectitiae qualitatis* sind, gehört ferner die *actio de peculio*, von welcher hier vorzüglich zu handeln ist. Sie unterscheidet sich von den übrigen darin, daß sie nicht auf das Ganze geht, sondern nur soweit das Peculium, nach Abzug dessen, was dem Hausvater daran gebührt, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht. Denn es ist eine Regel des Civilrechts, welche uns Ulpian lehrt *L. 9. §. 2. D. h. t. Peculium deducto, quod domino debetur, computandum esse: quia praevenisse dominus, et cum servo suo egisse creditur*. Sie setzt daher immer ein *peculium profectitium* voraus, welches der Familienvater seinem Sohne oder Sklaven zur Verwaltung für seine Rechnung überlassen hat¹⁶⁾. Nur von diesem Peculium sprechen alle Gesetze dieses Titels. Das Wort *Peculium* wird also hier in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen, nämlich für ein solches Vermögen, welches eine Person, die unter der Gewalt eines Familienhauptes

16) *S. Ulp. HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 7. §. 7. und Ant. SCHULTING Thes. controversi. Decad. LV. Th. 4.*

hauptes stand, es sey ein Sohn oder Tochter, Sklave oder Sklavin, von dem Vermögen des Paterfamilias abgesondert besaß, und auf Rechnung desselben verwaltete. Ulpian sagt in dieser Hinsicht L. 5. §. 3. D. h. t. *Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum* ²⁷⁾; und fügt §. 4. noch folgenden Begriff hinzu. *Peculium autem TUBERO quidem sic definit, quod servus domini permissu separatam a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. Es ist zwar hler nur von Sklaven die Rede, daß es aber auch bey Kindern der Familie eben so gewesen sey, lehrt Justinian §. 1. l. Per quas personas cuique acquiritur. Igitur, sagt er, liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculii) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, adplicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias*

27) Man vergleiche über diese Stelle Ulp. HUBERI Eunomia Rom. ad h. Leg. pag. 566. sqq. und den 2. Th. dieses Commentars §. 134. S. 241. f.

milias adquisivit, huius usumfructum patri, quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat. In Absicht auf das Peculium selbst kam es auch auf den Unterschied des Geschlechts so wenig, als auf das Alter an. Eine Tochter vom Hause oder eine Sklavin konnte daher so gut ein Peculium haben ¹⁸⁾, als ein Sohn oder Sklave, wenn auch derselbe noch unmündig war. Denn es hing ja hierin alles von dem Willen und der Bestimmung des Hausvaters ab. Ulpian sagt dieses ausdrücklich L. 7. §. 3. D. h. t. Pupillum autem, tam filium, quam servum, peculium habere posse, PEDIUS libro XV. scribit, cum in hoc, inquit, totum ex domini constitutione pendeat. Nur zur Begründung der actio de peculio wird erfordert, daß der Besizer des Peculiums eine solche Person seyn müsse, welche sich verbindlich machen kann, oder könnte, wenn sie frey wäre. Ist daher der Familiensohn noch unmündig, so findet gegen den Vater die actio de peculio nur insoweit statt, als das Peculium durch das unternommene Geschäft bereichert worden ist. Ulpian macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er sagt L. 1. §. 4. D. eodem. Si cum impubere filiofamilias, vel servo contractum sit: ita dabitur in dominum vel patrem de peculio actio, si locupletius eorum peculium factum est ¹⁹⁾. Das Peculium wird

18) L. 27. pr. D. h. t. Et ancillarum nomine et filiarumfamilias in peculio actio datur. Siehe auch L. 1. §. 3. D. eodem.

19) Man vergleiche auch L. 11. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. est.

wird übrigens in den Gesetzen als eine *universitas iuris* betrachtet, und begreift daher, gleich einer Erbschaft, alle Arten von Sachen, nicht nur bewegliche und unbewegliche, sondern auch unpörperliche, z. B. ausstehende Kapitalien, unter sich; es kann auch wachsen und abnehmen, und bey der Veräußerung desselben tritt der Preis an die Stelle der Sache, so daß die *actio de peculio* nicht gegen den Besizer der veräußerten *res peculiaris*, sondern gegen denjenigen Statt findet, welcher den Werth dafür erhalten hat. Es gehören hierher folgende Gesessstellen.

L. 7. §. 4. *D. h. t.* In *peculio* autem *res esse possunt omnes, et mobiles et soli: hoc amplius et nomina debitorum.*

L. 33 *D. eodem.* Sed si quis *servum* ita vendidit, ut *pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium; ad quem pretium peculii pervenit.*

L. 34. *D. eodem.* Non penes quem *res peculiaris* sit.

L. 40. *D. eodem.* *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur: et ideo eleganter PAPIRIUS FRONTO dicebat, peculium simile esse homini. Quomodo autem peculium nascitur, quaesitum est? Et ita Veteres distinguunt: si id acquisit servus, quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium: si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium ²⁰⁾: ita igitur nascitur*

20) Hatte der Sklave schon ein *Peculium*, und er hat sich die Kleider davon angeschafft, oder der Herr hat sie ihm zum alltäglichen Gebrauch gegeben; so gehören sie zu seinem *Peculium*.
Ein

zur *peculium*. *Crescit*, cum auctum fuerit. *Decrescit*, cum res intercidunt. *Moritur*, cum ademptum sit. Ein *Peculium* in diesem Sinn kann nun also blos eine Person besitzen, die noch unter der Gewalt eines Familienhaupts steht. Daher sagt Ulpian²¹⁾: *Paterfamilias liber peculium non potest habere*. Jedoch ist zur Begründung der *actio de peculio* genug, wenn die Person nur zur Zeit des geschlossenen Contracts unter der Gewalt des Familienhaupts stand, gesetzt auch, daß sie zur Zeit der angestellten Klage *sui iuris* wäre, es muß nur aber in diesem Falle die Klage binnen einem Jahre angestellt werden. Ja die Klage findet sogar Statt, wenn man mit einer Person contractirt hat, die zur Zeit des geschlossenen Contracts *sui iuris* war, und nachher durch *Arrogation* wieder in die väterliche Gewalt gekommen ist²²⁾. Hier kann die *actio de peculio* gegen den *Arrogator* angestellt werden.

L. 61. D. Mandati. Quod filiofamilias, ut petret, mandavi, emancipatus exegit: de peculio intra annum utiliter agam.

L. 42.

Ein Anders war, wenn sie der Sklave bloß im Dienst seines Herrn zu gewissen Zeiten tragen durfte. Denn der Herr gab ihm hier die Kleider mehr um seines als um des Sklaven willen. *L. 25. D. h. t. S. SCHULTING* Thes. controv. Decad. LV. §. 3. *POTHIER* Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI.

21) *L. 182. D. de Verb. Signif.* In einem andern Sinne kann es auch ein *peculium personarum sui iuris* geben. *L. 79. §. 1. D. de legat. III. L. 16. pr. D. ad SCtum Trebellian.* Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 124. Not. 33.

22) *S. POTHIER* Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXI. p. 420.

L. 42. D. h. t. In adrogatorem de peculio actionem dandam, quidam recte putant: quamvis SABINUS et CASSIUS, ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zur Entstehung eines Peculiums die bloße Willenserklärung des Familienvaters noch nicht genügt, sondern es ward dazu noch die Uebergabe erfordert. Nur die Aufhebung des Peculiums konnte durch den bloßen Willen des Paterfamilias geschehen, wie Paulus lehrt *L. 8. D. h. t. Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit: sed si tradidit; aut cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem, simul atque noluit, peculium servi definit peculium esse.*

§. 906.

Verschiedene Arten der Peculien. 1) *Peculium militare.*

Das Peculium Profectitium war, so lange die Kinder während der väterlichen Gewalt noch keines Eigenthums fähig waren, die einzige Art des Peculiums. Wie aber das Erwerbsrecht des Vaters durch die Kinder im neuern Recht beschränkt, und die Kinder selbst während der väterlichen Gewalt eines eigenthümlichen Vermögens fähig wurden, so änderte sich der Begriff des Peculiums, und es entstanden sehr verschiedene Arten derselben. Nun theilt man das Peculium ein in *militare* und *paganum*, das erste wieder in *castrense* und *quasi castrense*, das andere in *profectitium* und *adventitium*, das letzte wieder in *regulare* und *irregulare*. Von allen diesen verschiedenen Arten der Peculien ist jedoch schon an einem andern

vern Orte ²³⁾ gehandelt worden. Hier nur noch einige Bemerkungen als Nachlese. I. Nach dem neuern römischen Recht ist die Erlaubniß des Paterfamilias zur Entstehung eines Peculiums nicht mehr schlechterdings nothwendig, wie das ältere Recht vorschreibt ²⁴⁾, sondern es kann nun auch ohne Wissen und Willen des Vaters ein Peculium vom Sohne erworben werden ²⁵⁾. II. Ein peculium castrense können nur wirkliche Soldaten haben, nicht andere Personen, welche blos mit den Soldaten im Felde sich befinden, an sich aber nur pagani sind ²⁶⁾. 3. B. Kriegskommissarien, Marktlehner, Soldatenbediente. III. Zum peculium castrense wird auch gerechnet, was der militirende Familiensohn von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält ²⁷⁾. Die Erbschaft
ber

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136.

24) L. 4. pr. et §. 2. L. 7. §. 2. L. 49. pr. D. h. r.

25) L. 5. D. de castr. peculio. L. ult. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis.

26) L. 11. D. de castr. pec. S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. §. 134. u. 136. S. 128 f.

27) L. 8. D. de castr. pec. Si forte uxor, vel cognatus, vel quis alius, non ex castris notus, filiofam. donaverit quid, vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? Et non puto. Veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia, vel affectio fuit, non quod quis finxit. — L. 13. D. eodem. Divus HADRIANUS rescripsit in eo, quam militantem uxor heredem instituerat, filium extitisse heredem: et ab eo servos hereditarios manumissos, proprios eius libertos fieri. S. Greg. MAJANSII Diss. de peculio castrensi §. 6. et 7. (in eius Disputat. iuris civ. Tom. I. Nr. XIV.) und Ios. Fern. de RETES de castrensi peculio nr. 10. (in Thes. Meerman. T. VI.)

der Mütter hingegen, wenn sie dem Sohne auch während seines Kriegsdienstes zufällt, wird kein *peculium castrense* ²⁸⁾. IV. Die Vorrechte eines solchen *Peculiums* bestehen darin, daß der Sohn sowohl unter lebenden, als auf den Todesfall, alle Rechte eines freien Hausvaters genießt, und selbst im Verhältniß zum Vater eine selbstständige Person vorstellt ²⁹⁾; und diese Rechte hören nicht auf, wenn gleich der Sohn den Soldatenstand verläßt ³⁰⁾. Jedoch kann ein mit Verlust der Ehre cassirter Soldat über sein militairisches *Peculium* nicht testiren ³¹⁾. V. Wird das Vermögen des Sohns wegen eines begangenen Verbrechens confiscirt, so verbleibt das *peculium castrense* dem Vater ³²⁾. VI. Ist der Sohn noch minderjährig, so vertritt der Vater die Stelle des Curators in allen Fällen, in welchen ein Minderjähriger eines Curators bedarf, oder es wird ihm auf sein Verlangen ein besonderer Curator von der Obrigkeit gegeben ³³⁾. VII. Dem *peculio*

28) L. 1. Cod. de cast. pecul.

29) L. 2. D. de SCto Macedon. Pr. I. Quib. non est permiffum fac. testam. L. 4. D. de iudic., L. 2. pr. D. de contrah. emt. vendit.

30) Pr. I. Quib. non est permiff. fac. testam. L. 17. §. 1. L. 19. §. 2. D. de cast. peculio.

31) L. 26. §. 1. D. de testam. milit. Ius testandi de castrensi peculio, quod filiisfam. militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est.

32) L. 3. Cod. de bonis proscriptor. Si filius tuus, cum esset in tua potestate, in insulam deportari meruit, peculium eius, nec quod in castris acquisivit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.

33) L. 7. Cod. de curat. furios. L. ult. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis. CARPZOV Respons. iuris Lib. V. Tit. 8. Resp. LXXXIV.

culio castrensi werden, jedoch nur in Rücksicht des freien Dispositionsrechts, alle von dem Regenten oder desselben Gemahlin einer noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Person gemachten Geschenke gleichgesetzt³⁴⁾. Sonst aber in keiner andern Rücksicht. Sie werden also bey der Confiscation des Vermögens dem Vater nicht gelassen³⁵⁾. VIII. Das peculium quasi castrense, welches nach dem Beyspiel des peculii castrensis ist eingeführt worden, erfordert schlechterdings einen solchen Erwerb, welcher von einem noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Sohne in öffentlichen Aemtern und

Würde

nr. 7. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 568. nr. III.

34) *L. 7. Cod. de bonis, quas libertis.* Si quis a Principe, vel ab Augusta, sive masculus sive femina, donationes sit consecutus, vel consecuta, sive mobiliū, sive immobiliū, sive se moventium rerum, filiusfamilias tamen constitutus, vel constituta, habeat eiusmodi res omni acquisitione absolutas, et nemini eas acquirat, neque earum usufructum pater, vel avus sibi vindicet, sed ad similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas filii vel filiaefamilias habeant. Viele wollen zwar dergleichen Geschenke nur für ein peculium adventitium irregulare halten. Man sehe LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. §. 14. WALCH Controv. iuris civ. Sect. I. cap. II. membr. 2. §. 10. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. f. Allein richtiger wird es von andern zum peculio quasi castrensi gerechnet. S. COCCERJ c. l. Ern. TENZEL Diss. de eo, quod iustum est circa donationes a principe in filiosfamilias maxime collatas. Erfordiae 1727. Thibaut Syst. des P. N. r. D. §. 359. a. E.

35) S. Thibaut System des P. N. r. D. §. 359. a. E. Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th. A a

Würden gemacht wird³⁶⁾; er mag sich nun dieses Vermögen entweder von seinem Gehalt ersparen, oder sonst in Rücksicht seines Amtes erworben haben. Nur was ein Geistlicher während der väterlichen Gewalt auf irgend eine Art eigenthümlich erwirbt, soll mit dem *peculio castrensi* gleiche Rechte haben³⁷⁾. Bekleidet hingegen ein *filiiusfamilias* noch gar kein öffentliches Amt, so kann dasjenige, was er durch Ausübung einer Wissenschaft, oder auch durch einen dem Regenten geleisteten bloßen Privatdienst

36) L. 7. Cod. de *affessorib.* L. 4. Cod. de *advocat. diversor. iudicior.* L. 49. §. ult. Cod. de *Episcop. et cleric.* L. un. Cod. de *castr. omnium palatinor. pecul.* L. un. Cod. de *inoff. testam.* L. ult. Cod. de *castr. pecul.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac. GOTHOFREDI* Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de *postul.* T. I. pag. 163. sq. und *Ge. BEYER* Delineat. iur. civ. sec. Pand. h. t. Posit. 3 — 6.

37) *Nov. CXXIII. cap. 19.* Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores, quos omnes clericos appellamus, res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere sub sua potestate praecipimus, ad similitudinem castrensium peculiorum, et donare secundum leges, et in his testari, licet sub parentum sint potestate: sic tamen, ut horum filii, aut his non existentibus, parentes eorum legitimam partem ferant. Einige wollen zwar nur diejenigen Güter der geistlichen Familienöhne zum *peculio* quasi *castrensi* rechnen, welche sie in Rücksicht ihres Amtes erworben haben. *S. de COCCAZI* iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Allein die ganz allgemein lautenden Worte des Gesetzes erlauben eine solche Einschränkung nicht. Was jedoch der Geistliche vor dem Antritt seines Amtes bereits eigenthümlich erworben hatte, bleibt ein *peculium adventitium*. *S. KLEINSCHROD* Diss. de iure filii fam. disponendi de *peculio* Cap. II. §. 16. sqq.

dienst erworben, oder sonst zum Behuf der Wissenschaften von Jemand erhalten hat, für kein peculium quasi castrense gehalten werden³⁸⁾. IX. Vor Justinian hatten die Söhne, welche ein peculium quasi castrense besaßen, noch nicht durchgehends das Recht darüber zu testiren; sondern nur einigen war dieses als ein Vorrecht ertheilt³⁹⁾. Erst Justinian stellte hierin das peculium quasi castrense dem peculio castrensi vollkommen gleich⁴⁰⁾.

§. 907.

a) Peculium profectitium.

Das peculium profectitium ist Eigenthum des Vaters, wenn es durch eine freywillige, gesetzlich nicht befohlene Handlung, aus dem Vermögen desselben auf die Kinder überging, und nicht in der Absicht gegeben wurde, daß es ein militairisches Peculium werden solle. Von diesem gebührt auch dem Vater aller Nutzen und Gewinn. Der Sohn hat daran bloß eine prelaire Administration⁴¹⁾.

A a 2

Zwei-

38) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. de COCCETI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Ehbaut Syst. des P. R. 1. B. §. 359. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 460. not. b.

39) L. 3. §. 5. D. de bon. poss. L. 1. §. 6. D. ad Sct. Trebell. L. 2. Cod. Theod. de assessor. L. 3. C. Theod. de postul. Novella VALENTINIANI 34. eodem. et §. ult. I. de milit. testam. S. Christ. RAU Historia iur. civ. de peculiiis. Lipsiae 1770. §. 8. pag. 31. sqq.

40) L. ult. Cod. de inoff. testam. L. ult. Cod. Qui testam. facere poss. §. ult. I. de milit. testam. S. Iac. GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de postulando Tom. I. pag. 164. edit. Ritter.

41) §. 1. I. Per. quas person. L. 7. pr. D. de donat.

Zuwellen verbleibt es jedoch dem Sohne eigenthümlich, wie bereits an einem andern Orte ⁴²⁾ bemerkt worden ist. Hat ihm der Vater die freie Verwaltung desselben überlassen, so kann zwar der Sohn auch Sachen davon verkaufen ⁴³⁾, er kann auch eine Novation eingehen ⁴⁴⁾; aber er ist weder Etwas davon zu verschenken, noch sonst zu verschleudern befugt ⁴⁵⁾. Was hingegen ein Kind vermöge gesetzlicher Vorschrift aus dem Vermögen des Vaters erwirbt, wird eigenes Vermögen des Kindes ⁴⁶⁾. Z. B. das Heirathsgut, was der Vater der Tochter giebt. Ulpian ⁴⁷⁾ sagt ganz bestimmt: *Dos profectitia ipsius filiae proprium patrimonium est*; und Tryphonin ⁴⁸⁾: *abscellit a bonis patris*. Heutzutage nehmen jedoch viele ⁴⁹⁾ ganz allgemein an, was der Vater den Kindern schenkt, werde ihr Eigenthum, und die Gläubiger könnten daran keinen Anspruch machen, wenn auch der Vater in Concurse verfällt, wosfern er nur nicht zu ihrem Nachtheil gehandelt

42) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 136. S. 254.

43) L. 10. Cod. Quod cum eo, qui in al. pot.

44) L. ult. pr. D. de novat.

45) L. 7. pr. D. de donat. L. 3. §. 2. D. de Scto Macedon.

46) L. 3. §. 5. D. de minorib. L. 16. D. de religiof. L. 35. D. fam. ercisc. L. 71. D. de evict.

47) L. ult. in fin. D. de dotis collat.

48) S. Ehtbauf System des R. R. I. B. §. 360.

49) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 85. sqq. THOMASIVS Diff. de Usu pract. Tit. Institut. de patria potestate. Cap. II. §. 7. CARRACH Differentiae iuris. Rom. et Germ. in peculio inprimis filiorumfamilias §. 16. KLEINSCHROD Diff. de iure filii fam. disponendi de peculiiis. Cap. III. §. 26. und Frid. BEHMER nov. iure controv. Tom. II. Obs. 114. pag. 603.

Handelt hat... Nur das habe noch jetzt die Rechte des röm. *peculii profectitii*, wovon der Vater den Kindern blos die Verwaltung auf Rechnung überlassen, oder sich das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten hat.

§. 908.

3) *Peculium adventitium*. a) Nutzungsrechte des Vaters.

Zum *peculium adventitium* gehört alles, was die Kinder weder durch die Freygebigkeit des Vaters aus dem Vermögen desselben, noch am des Vaters Willen von Andern, auch nicht *militiae causa*, sondern sonst auf eine erlaubte Art, erworben haben⁵⁰⁾. Man rechnet zu demselben mütterliche Geschenke, mütterliche Erbschaft, eheliche Errügenschaft (*lucra nuptialia*); ferner was die Kinder durch die Freygebigkeit fremder Personen, ohne Rücksicht des Vaters, als Erbschaft, Vermächtniß, oder Geschenke erhalten, oder durch eigenen Fleiß und Arbeit, nur nicht durch die den Eltern schulbigen häuslichen Dienste, erworben haben⁵¹⁾. Dem was dadurch gewonnen wird, gehört dem Vater⁵²⁾. Zu diesem *Peculium* gehören ohne Zweifel auch die Pathengeschente der Kinder⁵³⁾; nicht minder

50) S. Cassp. Christ. KOBER Diss. de *peculio adventitio regulari* t. ordinario. Altorfii 1705.

51) §. 1. I. *Per quas pers. cuiq. acquir.* L. 1 et 2. Cod. de bonis matern. L. 4. et 6. Cod. de bonis, quae liberis. S. Scip. GENTILIS Tract. de bonis maternis. Hanoviae 1606. 8.

52) S. Schibaut Syst. des P. R. t. 2. §. 360. Not. c. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

53) S. Sixt. Jac. KAPFF Diss. de iure pecuniae lustricae. Tübingae 1777. §. 12. et 13. WALCH Introduct. in contr. iur. civ. Sect. I. cap. II. Membr. II. §. 14.

der auch diejenigen Güter, wovon den Kindern durch Ein-
 gehung einer zweyten Ehe des Vaters die Proprietät zu-
 gefallen ist ⁵⁴). Ist es zweifelhaft, ob ein peculium zu
 dem profectio oder adventio zu rechnen sey; so strek-
 tet die Vermuthung für das letztere. Leyser ⁵⁵) ist zwar
 anderer Meinung. Allein man sehe L. 17. in fin. Cod. de
 Usufr. und erwäge, daß der Begriff des peculio adven-
 titii negativ allgemein sey ⁵⁶). Die Proprietät an diesem
 Peculium gehört den Kindern, dem Vater hingegen ste-
 hen daran der Regel nach die Nutzungs- und Verwal-
 tungsrechte zu ⁵⁷).

I. Vermöge des Nutzungsrechts gehören dem
 Vater natürlich alle Früchte, Emsolumente und Einkünfte
 dieses Vermögens ⁵⁸); aber nicht der gefundene Schatz,
 sofern

54) Nov. 22. cap. 23.

55) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. meditat. 7.

56) S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 571. und
 Tribaut System des P. R. 1. B. §. 360. a. E.

57) L. 6. pr. Cod. de bonis, quae liberis. Si quis itaque filius-
 familias vel patris sui, vel avi vel proavi in potestate consti-
 tutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in
 potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex libera-
 litate fortunae, vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis
 parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed
 usque ad usumfructum solum acquirat, et eorum ususfructus qui-
 dem apud patrem, vel avum vel proavum, quorum in sacris
 sit constitutus, permaneat: dominium autem filiisfamilias inheret,
 ad exemplum tam maternas, quam ex nuptialibus
 causis filiisfamilias acquiratarum rerum.

58) Car. Adolph. BRAUN Diss. de ususfructus parentum in bonis
 liberorum tam de iure Rom. quam Germ. genuino fundamento.
 Jen. 1743. Cap. 2. Aemil. Lud. HOMBERGER zu VACH Diff. de
 diver.

sofern er als *accessio* zu betrachten ist⁵⁹⁾. Dafür trägt er auch alle Lasten⁶⁰⁾; und zwar nicht nur in Ansehung der Person der Kinder, weshalb er sie ernähren, den Töchtern eine Ausstattung, den Söhnen aber die Studierkosten, und bey ihrer Heyrath ein Gegengewächtniß geben muß; sondern auch in Ansehung ihres Vermögens, weshalb er die darauf verwendeten Kosten, sofern sie nicht den Nießbrauch übersteigen, desgleichen die Abgaben und Steuern, nicht minder die Proceßkosten übernehmen muß⁶¹⁾. Doch braucht er nicht, wie sonst ein *usufructuar*, *Cautio* zu leisten⁶²⁾. Dieser Nießbrauch des Vaters hört jedoch auf, wenn er das Kind emancipirt. Nur in einem Falle verbleibt ihm auch noch nach der Entlassung des Kindes der Nießbrauch von der Hälfte der *Adventizien* als eine Belohnung (*praemium emancipationis*), wenn er das Kind freiwillig zu dessen Nutzen emancipirt.

diverso iure patria in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. Marburgi 1753. und Aug. Ferd. HURLBAUSCH Comm. de usufructu patriae in bonis liberorum adventitiis ex principiis iuris Rom. et Germ. Brunsvigae 1793. 4.

59) Arg. L. 7. §. 12. D. *Soluto matrim.*

60) L. 1. Cod. de bonis maternis. L. 8. §. 5. C. de bonis quae liberis.

61) Ju. Andr. FROMMANN Disput. de administratione adventitiorum legitima. Tubingae 1676. S. 43. — 46. und WOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. 1. S. 671.

62) L. ult. §. 4. Cod. de bonis quae liberis; wo es heißt: *paterna reverentia eum excusante, et a rusticis, et a cautibus, et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur.*

pire⁶³), Erbe hingegen das Kind während der väterlichen Gewalt, so befiel zwar der Vater nach dem ältern Rechte den Mißbrauch von dem ganzen Vermögen des
 Kind

63) Nach einer Verordnung des Kais Konstantin befiel zwar der Vater den dritten Theil der Güter des Kindes zur Belohnung der Emancipation. Dies hat aber Justinian abgedindert L. 6. §. 3. *Cod. de bonis, quae liberis*. Cum autem, heißt es daselbst, Constantiniāna lege cautum erat, si filii familias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem honorum, quae acquisitae non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere, vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur: sancimus, huiusmodi casu interveniente, et emancipatione libera, imposita, non tertiam partem dominii rerum minime acquisitarum, sed dimidiam usufructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere: exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo pecuniis, quibus nihil ex hac causa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscunque sexus aliquid dominii auferetur, et patribus amplioris patrimonii usufructus assignabitur. *Hoc obtinente, et si in emancipatione sibi parentes hoc minime servaverint; sed nisi specialiter vel in emancipatione huic praemio renunciaverint, vel donatione facta sese et ab huiusmodo beneficio alienaverint, et in liberos hoc transtulerint: manere apud eos etiam tacentes ius et beneficium usufructus retinendi.* Dieses praemium emancipationis findet auch noch jetzt statt; es fällt nur dann in der Regel weg, wenn die Kinder ohne Emancipation, durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, aus der väterlichen Gewalt gesetzlich befreit werden. *S. Frid. Es. a RUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 98. §. 16 et 17. Aemil. Lud. HOMBERGER zu YACH Diss. de bonis adventitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante. Marburgi 1756. §. 18. sqq. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. HUR-*
 LEBUSCH

Kindes auf Lebenszeit ohne Unterschied⁶⁴). Justinian hat aber dies blos auf den Fall eingeschränkt, wenn das verstorbene Kind eheliche Descendenten hinterlassen hat. Ist also der Sohn ohne erbfähige Descendenten gestorben, so hört der Nießbrauch mit dem Tode desselben auf, und dem Vater bleibt jetzt nichts als das Erbrecht mit den Geschwistern des Kindes übrig⁶⁵).

§. 969.

b) Verwaltungsrechte des Vaters.

Ausser dem Nutzungsrechte gebührt dem Vater an dem peculio adventitio der Kinder auch II. ein gesetzliches Verwaltungsrecht. Dieses ist jedoch weder nach den Grundsätzen einer bloßen Tutel, noch einer bloßen Verwaltung fremder Güter zu beurtheilen, sondern es besteht vielmehr in einem dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zustehenden ausschließlichen Rechte zur Ausübung des Eigenthums, welches den Kindern an diesen Gütern zusieht⁶⁶). R. Constantin

LEBUSCH cit. Diff. §. 2. 199. und Joh. Ehrst. von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXXII. S. 490. ff.

64) L. 7. §. 1. Cod. ad SCtum Tertull. L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. et 4. Cod. de bonis, quae liberis. L. fin. Cod. Commun. de success.

65) Nov. CXVIII. cap. 1. et 2. S. BRAUN Diff. cit. de usufructu parentum Cap. II. §. 11. und meine Erstörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. und 121.

66) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 1. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. et 12. und Aemil.

stantin sagt *L. 1. Cod. de bonis maternis*. Parentis autem, penes quos maternas rerum utendi fruendi que tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere, — atque ita omnia agere, *tanquam solidum perfectumque dominium eis adquisitum fuisset* ⁶⁷⁾. Daher ist seine Gewalt ausgebehnter, als die eines bloßen Vormundes, oder eines Verwalters fremder Güter. Denn vermöge dieses Verwaltungsrechts führt der Vater alle über die Adventilien der Kinder entstandenen Prozesse, und er kann die Kinder nicht nur selbst durch Klage und Einrede vor Gericht vertreten ⁶⁸⁾, sondern er kann auch einen Procurator bestellen ⁶⁹⁾. Jedoch wird die Einwilligung der Kinder erfordert, wenn sie gegenwärtig, und nicht mehr unmündig sind ⁷⁰⁾. Der Vater

Aemil. Lud. HOMBERGK zu VACH Diss. de div. iure patris in peculio advent. liberor. §. 1.

67) *M. Aur. GALVANUS de Usufructu Cap. VIII. nr. VI.* nennt dieses Eigenthum, was dem Vater an dem peculio adventicia zugeschrieben wird, ein *dominium patri iure familiae competens*, und unterscheidet davon das Eigenthum der Kinder, welches ihnen *iure proprietatis* zusteht.

68) *L. 8. §. 3. Cod. de bonis, quae liberis.* — Et in agentibus et fugientibus pater quidem suscipiat actiones, et moveat, cuiuscunque aetatis filius inveniatur. *S. HOMBERGK cit. Diss. §. 2.*

69) *L. 1. Cod. de bonis matern.* — Et quod iure filiis debetur, in examine per se, vel per procuratorem percipere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere. *LEYER Meditat. ad Pand. Specim. CLXIV. medit. 2.*

70) *L. 8. §. 3. C. de bonis, quae liberis.* Adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi adhuc in prima aetate sunt constituti

ter braucht auch keine Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen⁷¹⁾. Er ist daher weder ein Inventarium zu errichten, noch eine eibliche Specification zu ediren schuldig, sondern ein bloß einfaches Verzeichniß wird für hinreichend gehalten⁷²⁾. Nur darauf muß aber doch der Vater bedacht seyn, daß das Vermögen der Kinder erhalten werde. Er darf daher von den Adventizien der Kinder nichts veräußern noch verpfänden⁷³⁾. Ist es dennoch geschehen, so ist die Veräußerung ipso iure nichtig, und die Kinder können die widerrechtlich veräußerten Sachen vindiciren. Es soll auch gegen dieses Vindicationsrecht den Besitzer solcher Güter keine andere, als eine dreißigjährige Präscription, schützen, welche erst von der Zeit ihren Anfang

stituti, vel longe absunt; sumtibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis: cum enim nuda proprietas apud filium invenitur, ex qua substantia possibile est, eum sumtus lictis dependere? Unter der prima aetas wird hier das Alter der Unmündigkeit verstanden L. 30. Cod. de episcop. audient. L. 10. Cod. de impuber et aliis substitut. C. HOMBERGER zu VACH cit. Diff. §. 4 — 15.

71) L. 8. §. 4. in fin. Cod. de bonis, quae liber. C. Io. Andr. FROMMANN Diff. de administratione adventitiorum legitima. §. 39. und Fr. BEGMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Cons. 85. nr. 15.

72) FROMMANN cit. Diff. §. 39 et 33. WERNHER select. Observ. for. Tom. II. P. VII. Obs. 18. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CLXIV. medit. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 577.

73) C. Io. Deiloff Marcus RANNIGER Commentat. iuridica, quaestionem continens, an et quatenus pater peculium liberorum adventitium alienare possit? Goettingae 1797. und meine Rechtsfälle und Abhandlungen 3. Band Nr. XXXVII.

sang nehmen soll) wo die Kinder aus der väterlichen Gewalt befreiet worden sind ⁷⁴⁾: Folgende Gesessellen sind hier besonders wichtig.

L. 1. Cod. de bonis matern. Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, *omnem debent tuendas rei diligentiam adhibere*, — et personam gerant legitimam, ita ut si quando rem alienare voluerint: emtor, vel is, cui res donatur, observet, *ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans*: docere enim pater debet, proprii iuris eam rem esse, quam donat, aut distrahit: et emtori, si velit, fideiussorem licebit accipere: quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis, quandocumque rem suam vindicantibus.

L. 2. Cod. eodem. Quidquid avus, avia, proavus, proavia ex materna linea nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamento, fideicommissio, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam intestati successione contulerint: pater filio filiaeve *integra illibataque custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare* [sicut nec materna bona] *non possit*, usufructu duntaxat ad eum pertinente: ita ut quemadmodum ipse super his rebus *licentiam totius potestatis amittit*: defuncto eo filio filiaeve praecipua computentur, nec ab illis, qui ex parte sunt coheredes, vindicentur.

L. 4. Cod. de bonis, quae liberis. Quaecumque res ad filium vel filiam, nepotes sive pronepotes utriusque sexus in potestate constitutos, ex priore, vel secundo, aut tertio, seu numerosiore coniugio pervenerint,

74) *Io. Ulv. de CRAMER* Observ. iur. univ. Tom. IV. Cap. 1308.

nerint, ex dote vel quacunque donatione, seu hereditate, vel legato vel fideicommissio: earum rerum usque in diem vitae suae pater, vel avus, vel proavus usumfructum habeant, *easdem res quocunque modo alienandi, vel pignoris, seu hypothecae iure obligandi, facultate eis penitus interdicta*: dominio videlicet earum apud filios et nepotes sive pronepotes utriusque sexus permanente. — Parentibus vero, quorum sub potestate sunt, usumfructum duntaxat habituris, *memoratarum rerum IURE POTESTATIS alienandi vel obligandi licentiam denegamus*: non prohibendis iisdem liberis, quocunque sui iuris fuerint, *nulla temporali praescriptione obfistente*, easdem res omnibus modis vindicare: nisi forte, postquam potestate parentum eos contigerit liberari, tantum temporis effluxerit, ut ex continua et inconcussa tenentis possessione eorum intentio excludatur.

L. 6. §. 2. Cod. eodem. Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc, seu iam mortui sperare audeant, *nec ratiocinia ei super administratione inferre*: sed tantummodo, *alienatione, vel hypotheca suo NOMINE patribus denegata*, rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus, quae per filios familias secundum praedictum modum acquiruntur, et gubernatio rerum earum sit penitus impunita: et nullo modo audeat filius familias, vel filia, vel deinceps personae vetare eum, in cuius potestate sunt, easdem res tenere, aut quomodo voluerit, gubernare: vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est: sed habeat pater, vel aliae personae, quae superius enumeratae sunt, plenissimam potestatem.

testatem uti frui, gubernareque res praedicto modo acquiritas.

Nur in drey Fällen ist dem Vater die Veräußerung erlaubt, 1) wenn Erbschaftsschulden auf den Gütern haften, welche nicht wohl anders, als durch deren Veräußerung, bezahlt werden können. Eigene Schulden des Vaters berechtigen hingegen denselben zu keiner Veräußerung⁷⁵⁾. 2) Wenn legatē oder Fideicommissē zu bezahlen sind, welche den Kindern, als Erben, aufgelegt worden. 3) Wenn die Sachen, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, von der Art sind, daß die Erhaltung derselben den Kindern lästig, oder wohl gar auf irgend eine Art schädlich seyn würde. Außer diesen Fällen, welche keine Ausdehnung auf andere ähnliche zulassen, findet keine Veräußerung Statt, und es ist daher ganz irrig, wenn Zellfeld,⁷⁶⁾ und mehrere andere⁷⁶⁾ behaupten wollen, daß der Vater nicht nur wegen einer jeden andern factischen Nothwendigkeit, sondern auch schon des bloßen Nutzens wegen, zur Veräußerung der Adventizien seiner Kinder befugt sey. Denn nach allgemeinen Regeln der logischen Auslegung ist jede ausdehnende Erklärung unbedingte zu verwerffen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, wie hier geschehen ist, verboten hat⁷⁷⁾. Ob nun wohl in den
Fäl-

75) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXV. med. 3.

76) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. FROMMANN Diss. de administratione adventitiorum legitima Th. 74 —

76. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 576. Höpfner Commentar über die Heinec. Institutionen. §. 433.

77) S. Meine Rechtsfälle 3. Band Nr. XXXVII. §. 33 — 35. S. 106. ff.

Fällen, wo dem Vater die Veräußerung erlaubt ist, nicht erfordert wird, daß die Rechtmäßigkeit der Ursache zuvor untersucht, und ein Dekret der Obrigkeit ausgewirkt werde; weil dem Vater das Veräußerungsrecht in den bestimmten Fällen schon nach dem Gesetz zusteht, welches ein Vormund erst durch das obrigkeitliche Dekret auswirken muß⁷⁸⁾, daher von diesem auf jenen offenbar kein Schluß gilt⁷⁹⁾; so haben doch die Gesetze nicht nur bey der Veräußerung selbst eine gewisse Ordnung vorgeschrieben, welche in Ansehung der oben angeführten ersten und zweyten Veräußerungsurache darin besteht, daß der Vater zuerst bewegliche Sachen, und nur dann, wenn diese nicht zureichen, auch unbewegliche Güter veräußere; sondern sie verordnen auch ausdrücklich, daß der Vater die Sachen der Kinder in den Fällen, da eine Veräußerung nöthig ist, nicht in seinem Namen, und als sein Eigenthum, sondern als das Eigenthum seiner Kinder und also in deren Namen, und in der Absicht verkaufe,

78) L. 11. D. de rebus eor. qui sub tut. L. 6. Cod. de praed. et aliis reb. minor. L. 3. Cod. de his, qui veniam aetatis impetrar.

79) S. lo. Inc. WISSENBACH Comment. ad L. ult. Cod. de bonis, quae lib. §. 4. pag. 660. Hüb. GIPHANIUS Explanat. diff. facillior. Leg. Cod. ad L. 6. Cod. eod. Lib. VI. pag. 218. Io. Andr. FROMMANN Disp. de administrat. adventitiorum legitima. §. 38. WERNHER select. Observ. for. Tom. I. P. III. Obs. 35. LEYSER Specim. CLXV. med. 9. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 103. S. 386. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 576. Anderer Meinung sind zwar ELAPROTH von freywilligen Gerichtshandlungen §. 158. und RANNIGER cit. Diff. §. 19. Allein man sehe meine Rechtsfälle 3. Band. Nr. XXXVII. §. 36. u. 37.

kaufe, um lediglich ihre Geschäfte dadurch zu betreiben. Der Grund hiervon ist, damit theils die Veräußerung, welche vom Vater aus rechtmäßiger Ursache auch ohne richterliches Decret unternommen werden kann, für die Kinder verbindlich und unwiderruflich werde, welche sonst eine vom Vater im eigenen Namen unternommene Alienation ihrer Adventizien nach allgemeinen Rechtsgründen ⁸⁰⁾ als gültig anzuerkennen nicht schuldig seyn würden; theils um den Käufer solcher Güter zugleich gegen die Ansprüche der Kinder zu sichern, und denselben in den Stand zu setzen, dasjenige zu beobachten, was ihm die oben angeführte *L. 1. Cod. de bonis maternis* zur Pflicht macht, nämlich *ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans*, und welcher in dieser Hinsicht mit Recht verlangen kann, daß ihm der Vater nachweise, daß eine rechtmäßige Ursache zur Veräußerung vorhanden sey, und ihm deshalb Caution leiste ⁸¹⁾. Alles dieses, was hier ausgeführt worden, wird folgende wichtige Gesetzesstelle außer Zweifel setzen.

L. ult. §. 4. et 5. Cod. de bonis, quas liberis. Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, cum etiam apud Veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum superfederit: habeat pater

80) *L. 4. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 6. Cod. Si res aliena pignori data sit. L. 3. Cod. de rei vindicat. C. Westphals Syst. des R. R. über die Arten der Sachen. c. §. 331. — 333.*

81) Anderer Meinung ist zwar Ehbaut im Syst. des P. R. 1. B. §. 362 a. E. Allein man sehe meine Rechtsfälle a. a. O. §. 38 — 43. C. 116 — 123.

*pater licentiam, ex rebus hereditariis (primum quidem mobilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus) sufficientem partem NOMINE FILII venundare, ut illico reddatur aes alienum, et non usurarum nomine praegravetur. Quodsi pater hoc facere superfederit, ipse usuras vel ex redditibus, vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur*⁸²⁾. Sin autem *legata, vel fideicommissa, sive annalia, sive semel relicta, imminent huiusmodi personis*: si quidem tales redditus sunt, qui sufficiunt ad annalia, pater ex huiusmodi redditibus hoc dependere compelletur. Sin autem non habeat substantia sufficientem redditum ad legatorum vel fideicommissorum praestationem, vel minime redditus, vel alias accessiones contineat, sint tamen res mobiles vel immobiles, steriles quidem non tamen inutiles, veluti domus in provinciis pretiosa, vel ubicunque posita aedificia, vel suburbana, ex quibus huiusmodi legata possint explicari: *licentia dabitur patri sufficientem partem eorum similiter FILII NOMINE vendere, et satisfacere legatis.* — Ipsum autem filium, vel filiam, filios vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam, et leges, quae et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt, et

82) Nach den Worten dieses Gesetzes ist es also dem Vater nicht nur erlaubt, sondern sogar zur Pflicht gemacht, die erbchaftlichen Schulden der Kinder durch Veräußerung erbchaftlicher Sachen sobald als möglich, zu tilgen, weil er sonst die Zinsen des Verzugs den Kindern aus seinem eigenen Vermögen ersetzen muß. *G. Hub. GIPHANIUS* Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. de bonis, quae liberis Lib. VI. pag. 218.

et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur⁸³⁾. *Sed pater quidem IN PRAEDICTIS TANTUMMODO CAUSIS habeat licentiam rite res filiorum, familias vendere FILII NOMINE: vel si entorem non invenerit, rite pignori supponere, nullo modo licentia concedenda filiis easdem venditiones, vel hypothecas retractare. Non autem licentia parentibus danda EXTRA MEMORATAS CAUSAS, res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare; vel pignori vel hypothecae titulo dare: sed si hoc fecerint, scituris, quod necesse est eos in legum laqueos incidere, quibus huiusmodi venditiones vel hypothecae sunt interdictae: exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt, vel quocunque modo damnosae, quas sine periculo vendere patri cum paterna pietate licet: ut pretium earum vel in res vel in causas hereditarias procedat, vel filio fervetur.*

Auf keinen Fall darf jedoch der Vater die durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien gewordenen Güter der Kinder veräußern⁸⁴⁾. Einige⁸⁵⁾ wollen zwar die

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXV. medit. 4. glaubt, daß in diesen Worten noch eine besondere Veräußerungsurache gesetzlich gebilliget sey, nämlich wenn die Veräußerung darum nöthig ist, um den Kindern oder dem Vater den Unterhalt zu verschaffen. Allein das Gesetz erkennt zwar die gegenseitige Verbindlichkeit zur Alimentation zwischen Eltern und Kindern, als eine natürliche Pflicht, an, giebt aber offenbar dem Vater deshalb kein Veräußerungsrecht, wie aus den nachfolgenden Worten ganz deutlich erhellet. S. RANNIGER Diss. cit. §. 16.

84) Nov. XXII. cap. 23. et 24. Ehibaut Syst. des Pand. N. 1. Band §. 362.

dieses auf alle die Güter ausdehnen, welche aus dem Vermögen der Mutter oder anderer mütterlicher Ascendenten auf die Kinder übergegangen sind. Allein mit Unrecht. Denn die *L. 8. §. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis*, in welcher Justinian dem Vater die Veräußerung der *bonorum adventitiorum* seiner Kinder aus gewissen daselbst bestimmten Ursachen erlaubt, macht keinen Unterschied, woher diese Güter rühren. Das Gesetz muß also von allen Adventizien, und also auch von den mütterlichen Gütern der Kinder, um so mehr verstanden werden, da Justinian *princ. Ls. cit. 8.* ausdrücklich auch der *rerum maternarum* gedenkt, und seine Absicht ganz deutlich dahin erklärt, durch dieses Gesetz eine allgemeine Bestimmung über die Rechte der Adventizien zu geben, welche *in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii acquisitionem, sed usufructus tantummodo patri offertur*, zur Richtschnur dienen sollte. Es ist also durch die *L. 8. §. 5. Cod. cit.* unstreitig der *L. 1. et 2. Cod. de bonis matern.* so wie der *L. 4. Cod. de bonis, quae liberis* derogirt worden, und die Vorschrift dieser Gesetze nach jener Verordnung zu restringiren⁸⁵⁾. Nur in *odium secundarum nuptiarum* ver-

B 6 2

ordnen

85) HOMMEL Rhapsod. quaestion for. Vol. I. Obf. 209. nr. 3. und Frid. Gottl. ZOLLER Exercitat. iurid. quaestionem cont. an pater vi patriae potestatis bona immobilia liberorum sine decreto magistratus alienare possit? Lipsiae 1756. §. 5.

86) S. RANNIGER Diss. an et quat. pater peculium liberor. adventitium alienare possit? §. 16. pag. 23. Thibaut Syst. des P. N. 1. B. §. 362. Not. 5. und meine Rechtsfälle 3. B. Nr. XXXVII. §. 32.

ordnen neuere Gesetze, daß solche Güter, deren Eigentum der Vater durch die Eingehung einer zweiten Ehe verloren hat, und die dadurch zu einem peculio adventitio der Kinder geworden sind, durchaus nicht veräußert werden sollen. Es heißt nämlich *Nov. XXII. cap. 24. Quod autem de lucris exinde* (nämlich durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten) *ad coniugis venientibus* sancitum est, etiam sic ratum sit, et lex adeo fidus iis erit custos, ut has res neque alienare, neque pignori dare parentibus permittat. Sed et si parentes quid fecerint, statim eorum substantiam illis obligat: non quod parentes in iis, quod volunt agere, prohibeat (pudet enim legem parentibus liberos praeficere magistros) sed illos quidem pudore suffundit, minatur vero accipientibus, quod nihil ipsis profuturum sit id, quod acceperunt. At sciant ex hac nostra lege, quod, etsi ab eiusmodi parentibus quid emerint, vel donum acceperint, vel quicquam aliud egerint, id quod gestum est, perinde habendum sit, ac si nihil neque factum neque scriptum esset. Liberi enim eorumque heredes et successores illa ab heredibus eorum et successoribus omnino vindicabunt, nec aliter excludentur, quam si triginta annorum tempus praeterierit: et possessio eos, qui acceperunt, dominos effecerit, tempore inde liberis currere incipiente, quo suae potestatis esse, aut facti appareant: nisi forte pupillaris aetas illis adhuc adiumento sit.

Den Kindern hingegen erlaubt das Gesetz in keinem Fall die Veräußerung solcher Güter, an welchen dem Vater der Nießbrauch zusteht, ohne Einwilligung desselben;
 sic

sie können auch bey dem Leben des Vaters nicht gültig darüber testiren. Justinian sagt *L. cit. 8. §. 5. in fin. Cod. de bonis, quae liberis. Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque circa voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori assignare.* Melius enim est, coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post disversum expectat patrimonium. Cum enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges et naturam compellentur, quare ad venditionem rerum suarum profilire desiderant?

Das Administrationsrecht des Vaters an den Adventizien der Kinder geht übrigens durch Eingehung einer zweyten Ehe so wenig, als die väterliche Gewalt selbst, verloren⁸⁷⁾. Wenn aber der Vater durch Verschwendung, Nachlässigkeit, oder Verwüstung der Adventizien die Kinder in Gefahr bringt, das Ihrige zu verlieren, so macht er sich der Administration verlustig⁸⁸⁾. Daß er sich

87) *L. 4. Cod. de bonis, quae lib. C. 10. Andr. FROMMANN* Diff. de administrat adventitior. legitima §. 93. und *Joh. Christ. Quistorp's* Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. II. C. 18. ff.

88) *L. 13. §. 2. Cod. de Sent. pass. L. 50. D. ad Sc. Trebell. FROMMANN* Diff. cit. §. 90—92. *WERNHER* select. Observat. for. Tom I. P. I. Obs. 92. nr. 7. *de CRAMER* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 347. *HOFACKER* Princip. iur. civ. T. I. §. 578. und *Lübaut* System 1. B. §. 363. n. C.

sich derselben auch dann nicht anmaßen dürfe, wenn ihm dieselbe in dem letzten Willen desjenigen, welcher die Kinder zu Erben eingesetzt hat, entzogen worden ist, hat keinen Zweifel⁸⁹⁾.

§. 910.

Peculium adventitium irregulare.

Es giebt jedoch Fälle, wo dem Vater ausnahmsweise der Nießbrauch an dem peculio adventitio der Kinder nicht zusteht. Man nennt dieses Peculium alsdann *extraordinarium* oder *irregulare*.⁹⁰⁾ Dahin gehört 1) wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm angefallene Erbschaft antritt, oder sonst etwas erwirbt⁹¹⁾. 2) Wenn den Kindern Etwas von einem Dritten unter der Bedingung geschenkt, oder vermacht worden ist, daß der Vater den Nießbrauch davon nicht haben solle. Jedoch darf die Mutter, wenn sie den Kindern mehr nicht, als den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater den ihm daran gebührenden

89) *Nov. CXVII. cap. 1. Quiskorps Beiträge Nr. II. S. 22. ff.*

90) *Wolfg. Ad. LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. Tubingae 1661. HEUSINGER Commentat. de iure peculii advent. extraordinarii. Ismasi 1751. 8. und Ge. Henr. ALDRINGEN Disp. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita acquiruntur, ut pater usumfructum non habeat, et eorum administratione. Aug. Treviror. 1786.*

91) *L. 8. pr. Cod. de bonis, quae liberis. Sive e contrario patre recusante filius adire hereditatem voluerit, nullam acquisitionem nec usumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.*

bührenden Mißbrauch nicht entziehen⁹²). 3) Wenn ein Kind zugleich mit dem Vater ein verstorbenes leibliches Geschwister ab intestato beerbt⁹³). 4) Wenn der Vater eine dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu verwaltet⁹⁴). Außer diesem Falle geht aber der Mißbrauch wegen schlechter Verwaltung der Adventizien nicht auf den Sohn über, weil in der Regel der Usus fructus durch Mißbrauch nicht verwirkt wird⁹⁵). Auf jeden

92) *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* C. den 7. Th. dieses Commentars § 546. C. 80. ff. und Westphal's Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. C. 82.

93) *Nov. CXVIII. cap. 2.* C. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 121.

94) *L. 50. D. ad Scit. Trebell.* Imperator Hadrianus, cum Vivio Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur: *restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet.* Nam quia cautiones non poterant interponi, conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit. Weil es nämlich, wegen des Verhältnisses der väterlichen Gewalt, nicht anging, daß die bey Fideicommissen sonst gewöhnliche Caution hier geleistet werden konnte, so mußte der Vater sofort die Erbschaft herausgeben, ohne die Bedingung derselben abzuwarten, und er verlor also auch hierdurch die Vortheile der Erbschaft, welche er bis zur Existenz der Bedingung zu genießen gehabt hätte. C. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de condit. et demonstr. Nr. CXXX. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1715.

95) *L. 1. §. 6. D. Usufr. quemadm. cav.* C. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. memb. II. §. 13. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. II. §. 512. not. o. und Thibaut System 1. B. §. 363.

jeden Fall muß aber doch der Sohn dem Vater, wenn dieser arm ist, auch selbst aus den Einkünften der restirten Erbschaft den Unterhalt reichen⁹⁶⁾. 5) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters desselben Güter zu fallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufgehob⁹⁷⁾. Von dieser Vorschrift kann jedoch heut zu Tage kein Gebrauch mehr gemacht werden, weil sie sich auf die bey den Römern üblich gewesene Privatscheidung bezieht⁹⁸⁾. Viele⁹⁹⁾ rechnen auch noch 6) die Patengeschenke

96) *L. 50. D. ad SCtum Trebell.* sagt: *Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari.*

97) *Novella CXXXIV. cap. 11.* — *Si vero praeter causas a nobis definitas, quidam matrimonium solvere audeant: jubemus, si quidem descendentes, sive ex eodem, sive ex alio matrimonio habeant, ut eorum bona secundum ordinem legum illis dentur, et tam vir, quam mulier in monasterium per omne vitae suae tempus coniciatur, ac de cuiusque patrimonio quatuor unciae monasteriis assignentur, in quae conjiciuntur: viro scilicet nec usumfructum habente in ea parte, quae liberis data est.* In der versio vulgata stehen noch die Worte: *quoniam pater rerum filii in potestate positi non habet usumfructum,* welche aber weder in dem griechischen Text stehen, noch an sich einen gesunden Sinn haben, wie auch HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. bemerkt hat.

98) *S. Schibaut System des P. R. 1. B. §. 423.*

99) BERGER *Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. §. 33.* BEYER *Definit. iur. civ. sec. Institut. Lib. II. Tit. IX. Posit. 26. Inst. Henn.* BOEHMER *Iur. Eccles. Protest. T. III. Lib. III. Tit. 42. §. 46.* *Io. Gottfr. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 15.* *Io. God. KRAUSE Diss. de eo, quod iustum est circa pecun. iusticam. Vitemb. 1728. §. 22.* *Conr. Wilh. STRECKER Diss. de eod. arg. Erfordiae 1738, Sect. II. §. 3. u. a. m.*

Schenke der Kinder hierher. Allein es kommt vor alle Dingen darauf an, ob sich der Geber darüber bestimmt erklärt hat, daß der Vater den Nießbrauch davon nicht haben solle, oder nicht. In dem letztern Falle liegt in der Natur des Pfandgeldes kein Grund, in Ansehung desselben eine Ausnahme zu machen; es ist also im Zweifel ein *peculium adventitium ordinarium*¹⁰⁰). Anders würde freylich zu behaupten seyn, wenn es an dem Vermögen des Vaters käme. Hier wäre es natürlich ein *profectitium*, weil dann das Eigenthum nicht an das Kind übergeht¹). Man rechnet endlich 7) auch noch gewöhnlich den Fall hierher, wenn der Vater sich sein Rechts begiebt, und dem Sohne den Nießbrauch der A
ve

100) S. LEYSER *Specim. CLXVI. medit. I. Sam. de cocceji* iur. civ. contr. h. t. Qu. 14. Io. Ad. Th. KIND *Quaestio. f. rens. T. II. cap. 12. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observ. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obl. 353. Mich. God. WERHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 19. et 2 Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Ca II. Membr. II. §. 14. et ad Eundem Car. Ern. SCHMID in ed. noviss. Ienae 1810. p. 105. und Iul. Frid. MALBLANC *Principiur. Rom. P. II. Sect. I. §. 512.**

1) S. Ehbaut *System des Pand. R. I. Th. §. 364. S. 27* Als Regel läßt sich jedoch dieses mit VOET in *Comm. ad Pand. h. t. §. 4.* keinesweges annehmen; denn der Grund, den er gebraucht: *cum non infantum intuitu, sed parentum contemptione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit,* ist offenbar irrig. Man sehe vorzüglich *Sixt. Jac. KAFFE Diss. de iure p. cuniae lustricae. Tübing. 1777. §. 10.* und HOFACKER *Principiur. civ. Tom. I. §. 58a. Not. b.* Die Meinung derjenige welche die Pfandgeschenke wegen des Exorcismus zum *peculium castrense* rechnen wollen, ist zu ungereimt, als daß

ventitien überläßt ²⁾. Allein die *L. 6. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis*, worauf man sich gründet, sagt nur, daß in diesem Falle, nach dem Tode des Vaters; die übrigen Erben desselben keinen Anspruch an diesem Nießbrauche weiter machen sollen, sondern es solle der Sohn den Nießbrauch, welchen er bis dahin mit Einwilligung des Vaters besessen hat, nun nach dessen Tode dergestalt ausschließ- lich erwerben, als ob die Schenkung gleich Anfangs gültig gewesen wäre ³⁾. Es heißt nämlich in der angeführ- ten Stelle so: *Sin autem res sibi memorato modo ac- quisitas parens noluerit retinere, sed apud filium, aut filiam vel deinceps personas reliquerit: nullam post obi- tum eius licentiam habeant heredes alii patris, vel avi, vel proavi eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfa- milias pervenit (utpote patri debitum) sibi vindicare: sed quasi diuturna donatione in filium celebranda, qui usum- fructum detinuit, quem patrem eius habere oportuerat, ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum pa- tris ipse lucretur: parente ius exactionis, quasi sibi de- bitae a filio, qui usumfructum consensu eius posside- bat, suae posteritati, vel successioni minime transmit- tente.* Daß also die Abtretung des Nießbrauchs an den Sohn

nur einer Widerlegung werth wäre. S. BOEHMER *Iur. Eccl. Protest. T. III. Lib. III. Tit. 42. §. 46.* UND KRAUSE *cit. Diss. §. 22.*

2) LAUTERBACH *Diss. de pec. adv. irreg. §. 19.* SCHAUMBURG *Comp. iur. Dig. h. t. §. 15.* WERNHER *lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 17. et 18. u. a. m.*

3) Nach *L. 25. C. de donat. inter vir. et ux.* soll die Schenkung des Vaters durch den Tod desselben rückwärts gültig werden.

Sohn schon bey dem Leben des Vaters unvorderrufflich gültig sey, läßt sich aus diesem Gesetz nicht beweisen 4).

§. 911.

Wem gebühret die Verwaltung des peculii adventitii extraordinarii?

So viel die Administration des peculii adventitii irregularis anbelangt, so ist zu unterscheiden. Der Sohn, dem ein solches Peculium gehört, hat entweder das zur Verwaltung desselben erforderliche Alter bereits erreicht, oder er ist noch minderjährig. In dem ersten Falle verwaltet er es selbst, und er kann darüber zwar unter den Lebenden nach Willkühr 5), aber weder durch Testament, noch Codicille disponiren 6). Nur auf den Todesfall kann er diese Güter verschenken, wenn es mit Einwilligung des Vaters geschieht 7). In dem andern Falle hingegen, wenn der Sohn noch minderjährig ist, und es ist zur Verwaltung

4) S. *Lib. a ut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 12. Abh.

5) *Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.* *Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictæ vel donatæ sunt, (sc. ut pater in his rebus usumfructum non habeat) si quidem perfectæ ætatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant.*

6) *Princip. I. Quib. non est perm. fac. testam.* Anderer Meinung ist zwar *Io. Wilh. DAHMEN* *Diss. de filiofam. de peculio adventitio irregulari etiam mortis causa disponere valente. Heidelbergæ 1760.* Allein man sehe *Christ. Nicol. SCHUMACHER* *Diss. de exclusione filiorumfam. a testamentifactione, speciatim quoad adventitia extraordinaria. Gœttingæ 1781.*

7) *L. 25. D. de mortis caus. donat.*

tung kein besonderer Curator von dem bestellt worden, von welchem die Güter auf den Sohn gekommen sind steht dem Vater, wenn er nur nicht selbst zur Strafe entweder das zum Pekulium gewordene Vermögen selbst, oder die schon vorher gehabte Administration desselben verwirkt hatte, die Verwaltung dieser Güter zu⁸⁾. Denn es folgt nicht, daß ihm darum, weil er den Mißbrauch nicht hat, auch die Administration zu versagen sey. Will er jedoch die Verwaltung nicht übernehmen, so kann der Sohn um die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit bitten; welcher aber auch dann einen Curator zu setzen obliegt, wenn der von dem Erblasser oder Schenkgeber bestellte Curator sich entschuldiget, oder die Administration nicht übernehmen kann, oder stirbt, ehe der Sohn die Großjährigkeit erreicht hat⁹⁾. Uebernimmt indessen der Vater die Administration, so wird er blos als Curator behandelt, und muß also in Veräußerungsfällen ein Decret haben, auch benötigten Falls Caution leisten¹⁰⁾.

§. 912.

8) L. 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae lib.* Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.

9) *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* Quod si is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem sibi constituerit, vel qui ab eo datus est, administratorem haec suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 583. und Westphals Rechts-
gutachten 1. Th. h. t. §. 1. C. 82.

§. 912.

Actio de peculio.

Hat nun der Vater dem Sohn, oder hatte bey den Römern ein Herr seinem Sklaven ein Peculium gegeben, es versteht sich, ein peculium profectitium, nicht aber, wie Zellfeld irrig behauptet, wenn der Vater dem Sohn die Verwaltung seines peculii adventitii überlassen hat ¹¹⁾; so kann derjenige, welcher mit einer solchen Person contrahirt, oder an ihr aus einem Quasi-Contract eine Forderung hat ¹²⁾, gegen den Paterfamilias oder in dessen Gewalt sich diese Person sonst zur Zeit der angestellten Klage befinden mag, ja gegen jeden Besizer des Peculiums, er mag Erbe, Legatar, Usufructar, oder ein anderer seyn, an welchen das Peculium übergieng ¹³⁾; mit der actio de pecu-

11) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1153. Not. 1. Wegen der nicht in dem Nießbrauch des Vaters befindlichen Güter haftet der Sohn selbst. S. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 6.

12) Z. B. der Sohn war zum Vormund oder Curator bestellt. L. 1. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. Cum filiusfamilias tutor aut curator datur, pater tutelae, vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in verso conveniendus est. Hätte der Vater die Vormundschaft seines Sohns auf irgend eine Art anerkannt, es sey durch Genehmigung, oder Einmischung geschehen, so haftet er sogar in-solidum L. 7. D. de tutel. L. 21. D. de admin. et peric. tutor.

13) L. 1. §. 2. L. 19. §. fin. L. 27. §. 2. L. 52. §. ult. D. h. t. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. et 8. Ein Anders ist es, wenn der Herr den Sklaven dergestalt verkauft hatte, daß er für das Peculium den Werth empfing. Hier ward der Verkäufer noch für den Besizer des Peculiums gehalten. L. 33. et 34. D. eodem. Siehe oben S. 358.

peculio dahin klagen, daß er aus dem Defullum, so weit es reicht, seine Befriedigung erhalte. Diese Klage ist also eine actio in rem scripta¹⁴⁾, und hat auch noch das Eigene, daß sie mit Wirkung angestellt werden kann, wenn auch der Beklagte der Person, aus deren Contract er belangt wird, zu contrahiren verboten hätte; denn dieses Verbot schließt nur die actio infortoria aus¹⁵⁾. Es konnte auch der Beklagte durch keine noxae deditio die actio de peculio ablehnen, sondern mußte sich darauf, wie auf eine jede andere Personalklage, einlassen¹⁶⁾. Der Zeitpunkt, wornach die Größe des Defullums beurtheilt wird, ist das tempus rei iudicatae. Dieses entscheidet, wenn gleich zur Zeit der angestellten Klage von dem Defullum nichts vorhanden war¹⁷⁾. Jedoch kann der Beklagte zuvor abgehen, was er selbst an dem Defullum zu fordern hat,

14) *S. Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Non maior labor est* etc. pag. 346. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1820, not. b.

15) *L. 29. §. 1. D. h. t.* Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. — *L. 47. pr. D. eodem.* Quoties in taberna ita scriptum fuisse: *cum Ianuario servo meo geri negotium veto; hoc solum consecutum esse dominum constat, ne infortoria teneatur, non etiam de peculio.*

16) *L. 21. §. 4. D. h. t.* POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. L. not. a.

17) *L. 30. pr. D. h. t.* Quæsitum est, an teneat actio de peculio, etiam si nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? *Proculus* et *Pegasus* nihilominus teneri aiunt. Intenditur enim recte, etiam si nihil sit in peculio. *L. 17. §. 15. D. Quib. ex caus. in possess. eat.* *S. VQET* h. t. §. 9. und NOODT h. t. pag. 347.

hat, oder auch was den Personen gebührt, über welche der Vater die Vormundschaft geführt, oder deren Geschäfte er sonst besorgt hat¹⁸⁾; nicht minder die Forderung seines Socius¹⁹⁾. Es muß sich nur aber der Beklagte keines Dolus schuldig gemacht haben²⁰⁾. Außerdem kann der Vater

18) *L. 9. §. 2. et 4. D. h. t. Præterea id etiam deducatur, quod his personis debetur, quae sunt in tutela, vel cura domini, vel patris; vel quorum negotia administrant. Nam si semper praevēnire dominus et agere videtur, cur non dicatur etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelae, vel negotiorum gestorum, vel utili actione tenebitur. Nam ut eleganter *Pedius* ait, ideo hoc minus in peculio est; quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile, dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. Sane cum ex ceteris causis ipsum a semet ipso exegisse dicimus, qui negotia vel tutelam geret, cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? Defendendum igitur erit, quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur.*

19) *L. ii. §. 9. D. h. t. Non solum autem, quod ei debetur, qui convenitur, deducendum est, verum etiam, si quid socio eius debetur. Besitzen mehrere das Peculium, welche deshalb nur pro rata haften, so kann ein Jeder, welcher de peculio belangt wird, nur das abziehen, was er selbst zu fordern hat, *L. 14. D. h. t.* Besitzen sie aber das Peculium gemeinschaftlich und auf eine solche Art, daß sie deshalb in solidum haften, so kann der in Anspruch genommene auch die Forderung des andern Correalschuldners abziehen. *L. 15. D. eodem.**

20) *L. 9. §. 4. D. h. t. Dummodo dolo careant, quoniam et si per dolum peculium vel ademerint, vel imminuerint, tenentur. L. 21. pr. D. eodem. Summa cum ratione etiam hoc peculio Praetor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset. Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit*

Weder seine Forderung abziehen, wenn auch die Forderung des klagenden Gläubigers noch so privilegiert wäre ²²⁾. Nur unter den übrigen Gläubigern kommt der Vorzug der einen Forderung vor der andern in Betrachtung ²²⁾. Hier muß auch derjenige, welcher zuerst klagte, Caution leisten, daß er das Empfangene zurückgeben wolle, wenn sich nachher noch ein privilegiertes Gläubiger finden würde ²³⁾. Das Recht des Vorabzugs fällt jedoch weg, wenn der Beklagte seiner Forderung wegen auf andere Art Befriedigung erhalten kann ²⁴⁾, z. B. er kann *actione venditi* oder *condictione indebiti* klagen ²⁵⁾. Reicht das *Peculium* zur Befriedigung nicht hin, so bleibt ihm zwar unbenom-

emit *peculium*. Sed et si eum intricare *peculium* in necem creditorum passus est, *Mela* scribit, dolo malo eius factum. Sed et si quis, quum suspicaretur, alium secum acturum, alio *peculium* avertat, dolo non caret. C. HAUBOLD Diss. de Fidio *Mela* ICto. §. 8.

21) *L. 52. pr. D. h. t.* Respondi, nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de *peculio* conveniantur.

22) *L. 52. cit.* Plane in caeteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum.

23) *L. 52. §. 1. D. eodem.* Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de *peculio*: dilata interim caeterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii.

24) *L. 11. §. 6. D. h. t.* Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de *peculio* convenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit.

25) *L. 11. §. 7. D. eodem.*

Benommen, wenn das Peculium nachher vermehrt worden ist, wegen des Rests zu klagen²⁶⁾; zum voraus aber kann auf diesen Fall keine Caution gefordert werden²⁷⁾. Rührt die Forderung des Gläubigers weder aus einem Contract noch Quasi-Contract, sondern aus einem Delict her; so findet in der Regel die actio de peculio nicht Statt²⁸⁾, weil Verbrechen nur die Person des Delinquenten verpflichten, aber keinen Unschuldigen zum Nachtheil gereichen können, das Peculium auch nur zur Verwaltung, aber nicht zum Delinquiren gegeben wird²⁹⁾. Zuweilen ist aber doch auch die Klage wegen eines Delicts des Sohns gegen den Vater begründet, nämlich wenn der Vater dadurch bereichert worden³⁰⁾; oder der Sohn schon

26) L. 30. §. 4. D. h. t. Is, qui semel de peculio egit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest.

27) L. 47. §. 2. D. eodem. Si semel actum sit, de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio, quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii.

28) L. 58. D. de reg. iuris. Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. L. 1. §. 7. D. de his, qui effud. vel deiecer.

29) S. Ger. HOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 346. de COCCJEI ius civ. contrav. h. t. Qu. 18. und POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. XXX. not. q.

30) L. 3. §. 12. D. h. t. Est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam; quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune. Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine, in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio. S. Ant. SCHULTING Thes. contrav. Dec. LV. Th. 5.

Oldes Erläut. d. Pand. 14. Th.

© 6

schon wegen des Verbrechens verurtheilt worden ist ³¹⁾). Hier hat die *actio iudicati de peculio quasi ex contractu* Statt ³²⁾). Allein wegen eines vom Sohne dem Macedonischen *Senatusconsultum* zuwider contrahirten Gelddarlehns ³³⁾, desgleichen wegen einer Schenkung sündet die *actio de peculio* auf keine Weise statt ³⁴⁾).

31) *L. 3. §. 11. D. h. t. PAPINIANUS* scribit, *iudicati* quoque patrem *de peculio actione* teneri. Quod et MARCELLUS putat etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater *de peculio actionem* pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *iudicio contrahi*; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam *iudicati* velut obligationem.

32) S. VOET *Comm h. t. §. 7.* . *Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.* und POTHIER *Pand. Iustin. h. t. Nr. XXVI.*

33) *L. 6. Cod. ad SCtum Macedon.* Bey Sklaven war es anders. Hier hatte die *actio de peculio* gegen den Herrn auch wegen eines aufgenommenen Darlehns statt. *L. 7. Cod. Quod cum eo.*

34) *L. 7. pr. D. de donation.*

Lib. XV. Tit. II.

Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.

Dauer der actio de peculio.

Die actio de peculio, welche, wenn der Sohn oder Sklave in der Gewalt des Familienvaters blieb, eine actio perpetua war, erlosch nach der Strenge des Civilrechts, wenn er in der Gewalt seines Vaters oder Herrn zu seyn aufhörte; es mochte durch den Tod, oder durch Emancipation des Sohns, oder auch bey Sklaven durch Manumission oder Veräußerung geschehen. Denn hierdurch hörte auch die Existenz des Peculiums auf. Damit aber doch diese Strenge den Gläubigern, welche da bey auffer Schuld waren, nicht zum Nachtheil gereichen möchte, so verordnete der Prätor in seinem Edict, daß die actio de peculio nach aufgehobener Gewalt noch ein Jahr wider den Vater oder Herrn, oder auch derselben Erben Statt haben sollte, wosfern die Klage nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, wie z. B. die actio de peculio redhibitoria. Dieses Jahr ist ein annus utilis, welches nicht gerade von der Zeit an gerechnet wird, da die väterliche Gewalt aufhörte, sondern da die Klage ohne rechtliches Hinderniß angestellt werden konnte. Es sind hierüber folgende Gesetze merkwürdig.

L. 1. pr. D. h. t. Praetor ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, postea, quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio, et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

§. 1. Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est, *annalis*.

§. 2. Annus autem utilis computabitur: et ideo si conditionalis sit obligatio, JULIANUS scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit, conditione existente.

§. 3. Merito autem temporariam in hoc casu fecit Praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat, usque ad annum produci obligationem.

§. 4. Alienatio autem et manumissio ad servos pertinet, non ad filios. Mors autem tam ad servos, quam ad filios refertur: emancipatio vero ad solum filium. Sed et si alio modo sine emancipatione³⁵⁾ defierit esse in potestate, annalis erit actio. Sed et si morte patris,

35) Zu Ulpian's Seiten gehörte hierher der Fall, wenn der Sohn *in alia* wurde. Denn hierdurch wurde er ohne Captivitätsdeminution aus der väterlichen Gewalt befreit. S. Ulpiani Fragm. Tit. 10. §. ult. und GELLII Lib. I. Noct. Atticar. cap. 12.

tris, vel *deportatione* sui iuris fuerit filius, de peculio intra annum *heres patris* vel *fiscus* ³⁶⁾ tenebuntur.

L. 2. D. h. t. Cum post mortem filii familias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio: ideo, si *ex causa redhibitionis* erat de peculio actio, *sex mensium* erit post mortem filii. Idemque dicendum in *omnibus temporalibus actionibus*.

Ist die actio de peculio heut zu Tage vielleicht nicht so häufig ³⁷⁾, als sie bey den Römern war, so ist doch kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit derselben überhaupt zu bezweifeln ³⁸⁾, und in so fern kann denn auch noch von diesem Titel Gebrauch gemacht werden ³⁹⁾.

36) Wenn nämlich das Vermögen des Vaters wegen eines Verbrüchens desselben confiscirt worden war, so ging das Peculium mit auf den Fiscus über. Zog aber der Fiscus das Vermögen wegen einer Schuldforderung ein, so verblieb dem Sohn das peculium. L. 3. §. 4. D. de minorib. S. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. XXXIX. not. c.

37) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 85. de coccej iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 16. und HÖPFNER'S Commentar über die Institutionen: §. 1134.

38) Anderer Meinung sind Io. WILK. MARCKART Exercitation. academ. Exercit. VII. §. 1. und CARRACH Diss. de different. iur. Rom. et Germ in peculio filiofam. §. 16.

39) de coccej iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

Lib. XV. Tit. III.
De in rem verso.

§. 914.

Natur und Grund der actio de in rem verso.

Zuweilen haftet dennoch der Familienvater aus den Contracten seines Sohns oder Sklaven, wenn er auch kein Peculium dazu gegeben, oder solches seinem Sohne oder Sklaven wieder genommen hat, oder das Peculium durch den Tod desselben erloschen, und auch das Jahr, binnen welchem die actio de peculio hätte angestellt werden können, verlaufen ist, oder das Peculium zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht, oder die actio de peculio ganz vergeblich war angestellt worden. Dieß ist der Fall, wenn der Gläubiger beweisen kann, daß durch das Geschäft des Beklagten Nutzen befördert worden sey, welches er mit demselben Sohne oder Sklaven geschlossen hat. Hier hat die *actio de in rem verso* Statt, welche jene Schranken der *actio de peculio* nicht kennt, sondern blos auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebauet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere, und so lange Statt findet, als die *versio in rem* von dem Beklagten nicht vergütet worden ist. So erklärt sich über die Natur und den Nutzen dieser Klage Ulpian, wenn er *L. I. D. h. t.* sagt: *Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen teneantur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod*

quod acceptum est, conversum fit; quasi cum ipsis potius contractum videatur. Nec videtur frustra *de in rem verso actio* promissa, quasi sufficeret *de peculio*. Rectissime enim LABEO dicit, fieri posse, ut et *in rem verso* sit, et cesset *de peculio actio*. Quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid, si morte servi extinctum est peculium, et annus utilis praeteriit? *De in rem verso* namque *actio perpetua est*, et locum habet, siue ademit sine dolo malo, siue *actio de peculio* anno finita est. — Certe si praeventum sit ab aliquo, et actum *de peculio*, *de in rem verso actio* an cesset, videndum? Et refert POMPONIUS, Iulianum existimare, *de peculio* actione perimi *de in rem verso* actionem: quia in peculium conversum est, quod in domini rem erat *versum*; et pro seruo solutum est, quemadmodum si ipsi seruo a domino fuisset solutum. Sed ita demum, *si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem eius verterat*: si non praestiterit, *manet actio de in rem verso*. — L. 10. §. 7. D. eodem. Nam, ut POMPONIUS scribit, adversus lucrum domini videtur subventum.

§. 915.

Erfordernisse der *actio de in rem verso*.

Die *actio de in rem verso* findet der Regel nach in den Fällen Statt, wo ein Bevollmächtigter die *actio mandati*, oder ein Geschäftsverweser die *actio negotiorum gestorum* anstellen kann. Dies ist der Grundsatz, von welchem wir hier mit Ulpian ausgehen müssen, wenn er L. 3. §. 2. D. h. t. sagt: *Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procura-*

curator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem. Nach der Analogie dieser Regeln wird also erfordert 1) daß ein Geschäft des Beflagten, und zwar 2) direct zu desselben Nutzen, und 3) in der Absicht, den Beflagten dadurch verbindlich zu machen, mit seiner Befugnis besorgt worden seyn⁴⁰⁾. Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Hat ein noch unter väterlicher Gewalt stehender Sohn einen Contract geschlossen, durch dessen Gegenstand der Vater zwar wirklich bereichert worden ist; er hat ihn aber nicht für den Vater, um ein Geschäft desselben zu besorgen, sondern für sich, um seines Peculiums willen, geschlossen, so ist die *actio de in rem verso* nicht zulässig, sondern es muß die *actio de peculio* angesetzt werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. ult. D. h. t. Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, quoties servus rem domini gerens locupletiore eum facit nummis peculiaribus.

L. 7. §. 2. D. eodem. Illud verum non⁴¹⁾ est, quod MELA scribit, si servo meo argentum dederis, ut

40) *S. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. II. pag. 431.*

41) *Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. glaubt, Mela habe Recht, und Ulpian könne unmöglich desselben Meinung verworfen haben. Man müsse also das non als überflüssig ausstreichen. Denn da der Sklave die Becher nicht gerade aus eben dem Silber, was ihm dazu von dem Besteller derselben war gegeben worden, sondern nach seinem Belieben auch aus jedem andern Silber habe verfertigen sollen, so sey sein Herr Eigen-*

ut pocula tibi faceret *ex quolibet argento* ⁴²⁾, mox, factis poculis, servus decesserit, esse tibi adversus me
de

Eigentümer derselben geworden, und ihm stehe deshalb mit Recht die Retvindication zu. Der Besteller der Becher hingegen sey, wegen des dazu gegebenen Silbers, nur als ein Gläubiger des Sklaven anzusehen; L. 27. §. 2. D. de auro et argento leg. folglich stehe ihm nur eine persönliche Klage gegen den Herrn desselben zu. Dies könne aber keine andere, als die *actio de in rem verso* seyn, weil ja der Herr durch das seinem Sklaven gegebene Silber bereichert sey, als welches zu den Bechern verwendet worden, wovon der Herr das Eigenthum erworben hat. So passe nun auch der Grund vollkommen: *quoniam possum pocula vindicare*. Denn der Schluß sey vollkommen richtig: weil aus deinem Silber meine Becher gemacht sind, so ist dein Silber in meinen Nutzen verwendet worden. Allein dem allen ungeachtet hat dennoch Ulpian die Meinung des *Mela* mit Recht verworfen. Denn offenbar hatte ja hier der Sklave kein Geschäft für seinen Herrn geschlossen, sondern für sich selbst gehandelt. Das Geschäft war also ein bloßes *negotium peculare*. Er nützte dadurch seinem Herrn nur Folgeweise. Durch eine solche bloß mittelbar geschehene Verwendung aber wird die *actio de in rem verso* nicht begründet. S. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. a. p. 332. und Schaubart Syst. des P. R. 1. Th. S. 374.

42) Die Worte *ex quolibet argento* scheinen den Auslegern Schwierigkeit zu machen. Man sehe HAUBOLD Diss. de Fabio Mela I Cro §. 9. Hier wird eine doppelte Erklärung in Vorschlag gebracht. Die eine wird auf die Gewohnheit der Römer gegründet, welche ihre Gefäße nicht aus reinem Silber, sondern aus einer vermischten Masse zu verfertigen pflegten. Die andere besteht darin, daß dem Sklaven überlassen worden sey, die Becher auch aus jedem andern, als dem ihm dazu gegebenen Silber, zu verfertigen. Die letzte Erklärung verdient allerdings den Vorzug. Denn wäre ausbedungen worden,

de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare ⁴³).

L. 7. §. 4. D. h. t. Idem (sc. LABEO) ait, et si hereditatem a servo tuo emerō, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, *ex emto actione* me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum ⁴⁴): nam et si hereditatem a servo emerō, ut, quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me *ex emto*, quod ad

den daß die Becher aus dem gegebenen Silber gemacht werden sollten, so wäre der Besteller derselben Eigentümer des Silbers geblieben, und die daraus gefertigten Becher wären sein Eigenthum geworden. Allein nach dem mit dem Sklaven geschlossenen Vertrage war das Silber an denselben veräußert, darum waren die daraus gemachten Becher Eigenthum des Herrn geworden, und er konnte sie also, als zum Vekultum des Sklaven gehörig, vindiciren. Es läßt sich also wohl nicht behaupten, daß die Worte: *ex quolibet argento*, als ganz überflüssig, hätten wegbleiben können.

43) Einige wollen diese letzten Worte so verstehen, als ob die *actio de in rem verso* darum unzulässig sey, weil dem Besteller der Becher die *rei vindicatio* zustehe. Allein gegen diese Erklärung hat schon Anton Faber a. a. O. sehr gründlich erinnert, daß es alsdann hätte heißen müssen: *quosiam potes pocula vindicare*. Hoc vero falsissimum est, fügt er mit Recht hinzu; posse te pocula vindicare, quae ex argento tuo servus meus fecerit, si argentum tuum ei sic dederas, ut ex quolibet argento pocula tibi faceret. Mea namque sunt, non tua.

44) Der Grund des Labeo war, weil der Herr dadurch reich geworden war, daß ihn der Käufer der Erbschaft von den erbenschaftlichen Schulden frey gemacht hatte.

ad dominum pervenit ⁴⁵). Ego autem non puto, *de in rem verso* esse actionem emtori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret. ⁴⁶).

L. 3. §. 5. D. eodem. Idem LABEO ait; si servus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, *de in rem verso* dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est. Quam sententiam POMPONIUS ita probat, *si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis*: ex qua causa haecenus erit dominus obligatus, ut, si non putat, sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat ⁴⁷).

L. 3.

45) Bis hierher hat Ulpian blos die Meinung des Laeio vorgetragen, welche er in den folgenden Worten herichtigt.

46) D. i. die actio de in rem verso würde nur dann Statt haben, wenn der Sklave die Erbschaft, als seinem Herrn gehörig, verkauft hätte, in der Meinung, ein Geschäft desselben zu besorgen. S. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. d.

47) Wenn also der Sklave das Geld geborgt hatte, um es wieder an einen Andern auszuleihen; so kam es nach der Meinung des Pomponius darauf an, ob er dieses für seinen Herrn that, um ihm dadurch einen Schuldner zu verschaffen, oder ob er blos für sich handelte, um ein nomen peculiare zu haben. Im letztern Falle findet die *actio de in rem verso* nicht statt. Zwar ist der Herr dadurch bereichert worden, daß der Sklave durch das unternommene Geldgeschäft sein Peculium vermehrt hat. Allein dieses begründet nur die *actio de peculio*. In dem ersten Falle hingegen ist die *actio de in rem verso* zwar an sich keinem Zweifel unterworfen. Da jedoch der Herr dem Gläubiger, der seinem Sklaven das Geld geliehen hat, mit der *actio de in rem verso* blos darum haftet, weil der Sklave das Geld wieder für den Herrn ausgeliehen, und

L. 3. §. 7. D. de peculia. Cui congruit, quod JULIANUS scribit: Si a filio meo fideiussorem accepero, quidquid a fideiussore accepero, id me non *de in rem verso*, sed *de peculio actione* mandati praestaturum ⁴⁸. Idem accipias et in servi fideiussore. Idemque si alius mihi pro filio meo debitore solvisset.

Ist es zweifelhaft, ob der Sohn ein Geschäft für seinen Vater oder für sich selbst, um seines Defultus willen, geschlossen habe; z. B. er nahm Geld auf, und bezahlte

und ihm dadurch eine Schuldforderung erworben hat; so kann er die Klage dadurch abwenden, wenn er dem Gläubiger seine Forderung cedirt, insofern ihm nämlich damit nichts gebient ist, einen Schuldner zu haben, von dem vielleicht künftig das Geld nur durch einen verdrüßlichen Proceß einmal wieder zu erhalten wäre. Nach Recht und Billigkeit kann der Gläubiger weiter nichts verlangen. In omnibus enim, sagt *Scävola* L. 51. in fin. D. de peculio, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est. *S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 3. §. 5. D. h. t. pag. 246.

48) Denn wenn gleich das Geld, was mir der Bürge meines Sohns dem Auftrage desselben zu Folge bezahlt hat, in meine Hände gekommen ist; so hat doch mein Sohn, wenn er mir einen Bürgen stellte, und diesem den Auftrag gab, mich zu bezahlen, direct sein eigenes Geschäft besorgt. *S. POTHIER* Pandectas Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f. pag. 432. Klagt also der Bürge wegen seiner Entschädigung, so kommt ihm zwar die actio mandati gegen meinen Sohn zu, welche auf das Ganze geht. Klagt er aber gegen mich, den Vater, so kann er nicht actione *de in rem verso*, sondern bloß actione *de peculio* klagen. Eben so ist es auch, wenn Jemand, ohne vorhergegangene Bürgschaft, mir eine Forderung an meinen Sohn bezahlt hätte. *S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 3. §. 7. D. de pecul.

zahlte damit einen Gläubiger, welchem sowohl er selbst, als sein Vater schuldig war; so ist im Zweifel anzunehmen, der Sohn habe in eigenem Namen gehandelt, und sich vielmehr, als seinen Vater von seiner Schuld befreien wollen. Zwar nützt diese Befreiung auch Folgewelse dem Vater, weil er hierdurch von dem Anspruche des Defultargläubigers seines Sohns befreiet wird. Allein dieser Umstand begründet noch keine *actio de in rem verso* gegen den Vater, wenn nicht der Sohn direct zu dessen Nutzen gehandelt hat. Dieses würde z. B. dann der Fall seyn, wenn der Vater das Geld zur Bezahlung seiner Schuld von dem Sohne empfangen hätte, wie folgende Geseßstelle bestätigt.

L. 10. §. 10. *D. h. t.* Idem (POMPONIUS) tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere: veluti si duo rei, pater et filius fuerint⁴⁹⁾, et filius mutuatus suo nomine solvat: vel si filio iussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum: quod si non fuit, et SUUM NEGOTIUM gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

Hätte der Sohn das Geld auch zu einem andern Zweck aufgenommen, was er nachher zu Besorgung eines Geschäfts seines Vaters und zu desselben Nutzen verwendet hat, so ist dennoch die *actio de in rem verso* begründet. Ulpian sagt L. 3. §. 1. *in fin. D. h. t.* Hoc enim iure utimur, ut etiam si prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

II. Eine

49) Es ist nicht nöthig, mit *Ant. FABER* in Rational. ad h. L. gerade correi debendi hier anzunehmen.

II. Eine *versio in rem* ist vorhanden, wenn durch das von dem Sohn geschlossene Geschäft entweder das Vermögen des Vaters vermehrt, oder demselben dadurch pflichtmäßige Ausgaben erspart worden sind ⁵⁰). Dahin gehört z. B. wenn der Sohn Geld aufnahm, um eine dringende Schuld seines Vaters damit zu bezahlen, oder um sich den nöthigen Unterhalt, und Kleidung zu verschaffen, oder um seiner Schwester oder Tochter ein Heirathsgut zu bestellen, welches ihr der Vater zu geben schuldig war. Es sind hier folgende Gesefstellen merkwürdig.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* IN REM AUTEM VERSUM videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini, cibariorum nomine, consumserit; aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit: sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aequè in rem versum esse, POMPONIUS ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam).

§. 2. Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, — quotiens aliquid consumsit servus, *ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.*

§. 3.

50) *S. Io. Jac. ROESSING* Diff. de versione in rem, et quidem eius natura; indole et effectibus secundum principia iuris civilis. *Goettingae 1799.*

§. 3. Proinde si servus sumsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini (id est, usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat) in rem videri domini vertisse, LABEO scribit. Ergo idem erit et in filio.

L. 7. §. 5. D. h. t. Si filiusfamilias pecuniam mutuatus, pro filia sua dotem dederit, *in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit.* Quae sententia ita demum mihi vera videtur, *si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens.*

L. 8. D. eodem. Et nihil interesse POMPONIUS ait, filiae suae nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natae dederit. Idem ergo dicemus, et si servus mutuatus fuerit, et domini sui filiae nomine in dotem dederit.

L. 9. D. eodem. Si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur.

Zu den Fällen einer versio in rem ist auch noch der zu zählen, wenn der Sohn den Vater von einer Verbindlichkeit oder Klage befreit hat. Z. B. der Sohn hat für den Vater Bürgschaft geleistet, und dem Gläubiger die Schuld bezahlt; oder der Sohn hat den Vater, als defensor, vor Gericht vertreten, welche Beispiele Ulpian anführt L. 10. pr. et §. 1. D. h. t.

Hat der Sohn für den Vater ohne dessen Gehelf eine Sache gekauft, so war sie entweder dem Vater nöthig, oder blos nützlich. Im erstern Falle haftet der Vater für den ganzen bedungenen Kaufpreis mit der actio de in rem verso, wenn auch der Sohn zu theuer gekauft hätte. In dem letztern Falle aber kommt es darauf an,

an, was die Sache wirklich werth ist. Hat daher der Sohn die Sache zu theuer gekauft, so ist nur bis auf den wahren Werth derselben eine *versio in rem patris* vorhanden. Ist hingegen die Sache mehr werth, so wird nur der Kaufpreis in Anschlag gebracht.

L. 5. pr. D. h. t. Si res domini non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem eius versum, POMPONIUS scribit, quatenus servorum verum pretium facit: cum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.

L. 12. D. eodem. Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur: ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit; sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est.

Unternehm der Sohn ein Geschäft zum Besten des Vaters, z. B. er kaufte nöthiges Getraide, oder nahm zur Bestreitung nothwendiger Haushaltungskosten, welche er dadurch dem Vater ersparte, Geld auf; so ist die *actio de in rem versio* begründet, wenn auch das, was der Gläubiger hergab, oder die dafür angeschaffte Sache durch Zufall verunglückt, oder verborben, oder verlohren gegangen wäre. Denn auch der Procurator, oder der negotiorum gestor würde durch einen solchen Zufall, welcher billig nur den Eigenthümer trifft, sein Klagerecht nicht verlieren.

L. 3. §. 7. D. h. t. Recte dicitur, et si frumentum comparavit ad alendam domini famillam, et in hor.

torreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri verum.

L. 3. §. 8. eod. Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse de *in rem verso actionem*.

L. 17. pr. D. eodem. Servus *in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa* eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de *in rem verso* agi, existimavi. Nam et si *procurator* meus in negotia impensurus pecuniam mutuatus, *sine culpa* eam perdiderat, recte eum hoc nomine *mandati, vel negotiorum gestorum* acturum.

III. Nicht immer wird durch wirkliche Verwendung der Sache die actio de in rem verso gegen den Vater begründet, wenn nicht der Sohn auch die Absicht hatte, seinen Vater verbindlich zu machen. Z. B. der Sohn nimmt Geld auf, oder er kauft Etwas, um seinem Vater damit ein Geschenk zu machen. Hier fällt nach Ulpian *L. 7. pr. D. h. t.* die actio de in rem verso weg⁵¹⁾. Ein Anders wäre, wenn der Sohn das Geld aufgenommen hätte, um damit eine Schuld des Vaters, jedoch ohne sich denselben verbindlich zu machen (*donandi animo*), zu bezahlen. Hier ist die actio de in rem verso allerdings begrün-

51) Unrichtig setzt hier *Ant. FABER* in *Rational. in Pand. ad h. L.* den Grund der Entscheidung darin, *quia donatio rei peculiaris a servo collata, nihil addit iuri dominii, quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit, ut peculiaris esse desinat, qualis antea erat.* Man sehe vielmehr *POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. XII.* und *VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.*

begründet. Denn der Vater ist hierdurch von einer Schuld befreiet, und also unstreitig reicher geworden⁵²⁾. Es hängen folgende Gesetze Stellen zusammen.

L. 7. pr. et §. 1. D. h. t. Et ideo, et si donator servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit. Et sunt ista vera. — Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

L. 10. §. 2. D. eodem. Idem tractat PAPIANUS, et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium: nam et hic de in rem verso fore actionem; nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat⁵³⁾.

§. 916.

Fälle, wo die actio de in rem verso in der Regel wegfällt.

Die actio de in rem verso findet nach den vorausgeschickten Grundsätzen nicht Statt, 1) wenn das, was für den Beklagten verwendet worden, mehr auf einen überflüssigen Aufwand und Ueppigkeit hinausläuft, als daß es ihm zum Nutzen gereicht. Denn auch der Procurator kann solcher Auslagen wegen keinen Ersatz fordern. Der Gläubiger kann sich hier blos an das halten, was mit seinem Gelde angeschafft worden, sofern es ohne Schaden einer andern Hauptsache, welche etwa dadurch hat verzieret werden sollen, weggenommen, und getrennt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn ein solcher Aufwand mit

52) *L. 66. in fin. D. de solut.*

53) Man sehe über diese Stelle SCHILTER PRAX. IUR. ROM. EXERCIT. XXVII. §. 95. et 96.

nig Willen des Beklagten gemacht worden ist, oder Schicklichkeit und Anstand diese Kosten erforderten, oder der Beklagte mit dergleichen Waaren zu handeln, oder derselbe sonst einen solchen Aufwand zu machen pflegte, wozu der Kläger das Geld hergeschossen hat⁵⁴⁾. Nur wird in diesem letzten Falle erfordert, daß nicht mehr aufgewendet worden sey, als derjenige, für den der Aufwand gemacht worden, selbst dazu herzugeben pflegte, wie folgende Befeststellungen lehren.

L. 3. §. 4. D. h. t. Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis⁵⁵⁾, et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum; quia nec procurator hæc imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem hæc auferre, sine domus suae videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id præstet⁵⁶⁾.

D d 2

L. 3.

54) *S. vort Comm. ad Pand. h. t. §. 4.*

55) Was *Tectoria* sind, ist im 9. Th. S. 635. S. 246. Not. 91. erklärt worden.

56) Hätte jedoch die Sache durch die Verzierungen einen höhern Werth erhalten, und sich dazu ein Liebhaber gefunden, der eben deswegen mehr für die Sache zahlen will; so würde allerdings eine *versio in rem* vorhanden seyn; und der Gläubiger wenigstens Ersatz dessen fordern können, was der Käufer jetzt mehr für die Sache bezahlt hat, als er sonst begeben haben würde.

L. 3. §. 6. D. eodem. Necnon illud quoque rem domini versum, LABEO ait, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpe sumtus subministravit: *neque enim spectamus, an boni domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini.*

L. 7. §. 3. D. eod. Illud plane verum est, quod LABEO scribit, si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat; videri in rem domini versum.

L. 10. D. de impensis in res dotal. fact. — Si haeres, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint: tales impensae non *voluptuariae*, sed *utiles* sunt.

II) Wenn der Vater dem Sohne das Geld zur Abfindung des Gläubigers gegeben hat, so findet die actio de in rem verso nicht weiter Statt, gesetzt auch, daß der Sohn das Geld verschleudert hätte, wenn nur der Vater dabey ohne Arglist handelte. Der Gläubiger muß sich deshalb an den Sohn halten, welcher immer der Hauptschuldner bleibt. Dem Vater hingegen kann um so weniger zugemuthet werden, das, was der Sohn für ihn verwendet hatte, noch einmal zu bezahlen, da der Sohn sein nächster Gläubiger war, mithin auch durch Bezahlung desselben von seiner Schuld befreiet wurde⁵⁷⁾. Die actio de in rem verso ist nicht einmal dann weiter zulässig, wenn auch der Vater es wußte, daß man seinem Sohne kein Geld sicher anvertrauen könne, und er ihm dennoch
das

57) *S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 10. §. 6. D. h. t.

das Geld, womit der Gläubiger befreibiget werden sollte, zum Nachtheil desselben in die Hände gab. Indessen begründet doch diese Arglist des Vaters wenigstens die *actio doli mali*, wie Ulpian lehrt *L. 10. §. 6. D. h. t. VER-SUM autem sic accipimus, ut daret versum; et ita de-mum de in in rem verso competit actio, si non sit à domino servo solutum, vel filio. Si tamen in necem creditoris, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis ⁵⁸⁾ solutum sit, desinit quidem versum: acquisitum autem est, de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.*

III. Wenn der Sohn zwar das Geld namentlich zum Besten des Vaters aufnahm, aber es durch eigne Schuld nicht dazu verwandte, und also den Gläubiger hinterging; so haftet der Vater nicht, wenn auch der Sohn schon öfters für den Vater Geld aufgenommen, und es immer zweckmäßig verwendet hätte. Denn der Gläubiger darf hier nicht leichtgläubig seyn, sondern muß sich selbst um die Verwendung bekümmern. Sed si sic accepit, sagt Ulpian *L. 3. §. 9. D. h. t. quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus: ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mentem servus accepit: aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. Curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.*

IV. Ist

58) Das Erlanger Pandecten Manuscript liest hier richtiger, *quatenus solutum sit.*

IV. Ist das Geld nicht ganz zum Besten des Vaters verwendet worden, so kann nur gegen den Vater geklagt werden, so weit die Verwendung Statt fand. Si pars versa est, de parte erit actio, sagt Ulpian L. 10. §. 4. D. h. t. Dahingegen fällt

V. die Klage ganz weg, wenn der Gläubiger die angebliche Verwendung nicht beweisen kann⁵⁹⁾. Dieser Beweis liegt jederzeit dem Kläger ob, weil hierin der factische Grund seiner Klage liegt⁶⁰⁾. Das bloße Geständniß des Sohns, wenn es auch in dem Schuldbekennniß enthalten wäre, ist zu diesem Beweise nicht hinreichend. Denn ein solches Geständniß kann dem Vater zu keinem Nachtheil gereichen. Jedoch kann der Gläubiger den Sohn, welchem er das Geld zum Behuf einer nützlichen Verwendung für den Beklagten gab, wenigstens zur rechtlichen Vertretung auffordern⁶¹⁾.

§. 917.

Wem steht die Klage zu? gegen wen wird sie ange stellt? und worauf geht sie? Actio de in rem verso utilis!

Die actio de in rem verso steht dem Gläubiger des Sohns zu, welcher dasjenige, was er mit dieser Klage fordert, zu einem Geschäft hergegeben hat, wodurch der Nutzen des Vaters befördert worden ist, und zwar hat
nur

59) L. 7. pr. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. S. HORACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 1813.

60) §. 5. 1. Quod cum eo. MÜLLER ad Struvium Exerc. XX. Th. 74. not. β. Anderer Meinung ist PUFENDORF Observat. iur. univ. T. III. Obs. 143.

61) S. STRYK Uf. mod. Pand. Lib. XII. Tit. 1. §. 18.

ur der Hauptgläubiger, nicht aber der Bürge, diese Klasse. Letzterer kann sich blos der actio de peculio bedienen. *Terentius* sagt *L. 18. D. h. t.* *Quamvis in eam rem pro servo meo fideiufferis, quae ita contracta est, ut n rem meam versaretur; veluti, si cum servus frumentum emisset, quo familia aleretur, venditori frumenti fideiufferis: Proprius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis; ut unius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsam credidit, quod in rem domini versum est.* Haben zwey dem Sohn zu demselben Zweck creditirt, so können zwar beyde klagen; hat aber der Beklagte einen derselben befriediget, so hat der andere keine Klage mehr. Es tritt hier die Regel ein; *occupantis melior conditio est*, weil es unbillig seyn würde, wenn man den Vater verurtheilen wollte, das Nämliche zweymal zu bezahlen. *Z. B.* ein Sohn nimmt in der Abwesenheit seines Vaters namentlich Geld auf, um sich die nöthigen Kleider anzuschaffen. Er verliert aber das Geld ohne seine Schuld. Gleichwohl creditirt ihm der Kaufmann, ohnerachtet er das Geld für die Kleider nicht bezahlte. Hier hat sowohl der Gläubiger, als der Kaufmann die actio de in rem verso, wenn auch nachher die Kleider selbst verunglückt wären, weil beyde das Ihrige zum Nutzen des Vaters hergegeben haben. So entscheidet *Ulpian L. 3. §. ult. D. h. t.* *Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit: utrum creditor, an venditor? Puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum. etsi vestis perierit. Si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis*
 eme-

emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen famili
divisa est, utique creditorem de in rem verso habet
actionem. An et venditor habeat, quia res eius p
venerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut tene
tur. Unde incipit dominus teneri ex una causa du
bus: proinde etsi tam pecunia, quam vestis peri
dicendum erit, utrique dominum teneri, quoniam an
bo in rem domini vertere voluerunt. *Ulpianus Caju*
L. 4. D. eodem bestimmt dieses näher dahin: Sed dicen
dum est, *occupantis meliorem conditionem esse debere*: nam,
utrisque condemnari dominum de in rem verso, ini
quum est.

Die Klage wird gegen den Familienvater angestellt,
zu dessen Nutzen des Klägers Vorschuss geschehen ist ⁶²⁾,
oder desselben Erben ⁶³⁾, und geht auf Ersatz dessen, was
der Kläger aus dem mit des Beklagten Sohn geschlosse
nen Geschäft zu fordern hat, so weit die Verwendung er
weislich ist ⁶⁴⁾; auf Zinsen aber anders nicht, als wenn
sie ausbedungen worden sind ⁶⁵⁾.

Da in den Gesetzen dieses Titels überall bey dieser
Klage vorausgesetzt wird, daß man mit einer in des Be
klagten
flagten

62) §. 4. I. *Quod cum eo, qui in alien. pot. L. 1. pr. D. h. t.*

63) *L. 7. pr. Cod. Quod cum eo, qui in alien. pot.*

64) *L. 10. §. 4. D. h. t. §. 4. I. Quod cum eo.*

65) *L. 10. §. 5. D. h. t. Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promissit usuras, MARCELLUS Lib. 5. Digestorum scribit, dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debentur, quia in stipulatum deductae non sunt. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 4.*

klagen Gewalt stehenden Person zum Nutzen desselben ein Geschäft geschlossen haben müsse; so entsteht die Frage, ob nicht die *actio de in rem verso* auch in dem Falle utilis zu gebrauchen sey, wenn man zu des Beklagten Nutzen mit einer solchen Person contrahirt hat, welche nicht unter desselben Gewalt steht, z. B. mit des Beklagten Vormund, oder Bevollmächtigten, oder negotiorum gestor? In der Praxis ist die Bejahung dieser Frage gar keinem Zweifel unterworfen⁶⁶⁾. Man theilt daher die *actio de in rem verso* ein, in *directa* und *utilis*. Allein in der Theorie ist es streitig. Gerh. Noodt⁶⁷⁾ läugnet es schlechterdings, daß dasjenige, was bey Personen, welche unter der Gewalt eines Familienhaupts stehen, als ein besonderes Recht vom Prätor verordnet worden ist, auf gewaltfreie Personen, invito Praetore, ausgebehnt werden dürfe. Hat ein negotiorum gestor zum Nutzen des Eigenthümers, dessen Geschäften er sich unterzog, mit einem Dritten contrahirt, so sey zwar er selbst aus diesem Contract dem Dritten verbindlich geworden, aber den Geschäftsherrn habe er dem Dritten nicht verbindlich gemacht, wenn gleich das von dem letztern vorgeschossene Geld in des erstern Nutzen verwendet worden sey. Warum? weil er sich nicht in der Gewalt des Geschäftsherrn befindet. Daher gehe das Edict des Prätors nicht auf ihn. Allein dieser Meinung steht die *L. 7. §. 1. Cod. Quod. cum eo* offen-

66) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XX. Th. 75. not. §. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 181. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1156.

67) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 349.

offenbar entgegen, wo gesagt wird: *Alioquin, si cum hero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti; pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.* *Modo* wendet zwar dagegen ein, daß die Stelle nicht von der *actio de in rem verso*, sondern von der *actio utilis negotiorum gestorum* zu verstehen sey. Allein dieser Einwand widerlegt sich dadurch, daß die letztere Klage von dem Geschäftsführer selbst angestellt wird; hier aber offenbar von dem Gläubiger die Rede ist, welcher mit dem *negotiorum gestor* contrahirt hat. Diefem wird hier in zwey Fällen eine Klage gegen den Geschäftsherrn gestattet, a) wenn das Geld zu dessen Nutzen verwendet worden, welches der Geschäftsführer für ihn aufgenommen hatte, und b) wenn der Geschäftsherr den Contract genehmiget hat. Es lehrt auch der ganze Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten dieses Gesetzes, daß von der *actio de in rem verso* die Rede sey ⁶⁸⁾. Geschieht nun also auch in den Gesetzen dieses Titels der *Pandecten* der *actio utilis de in rem verso* in jenem Sinn ⁶⁹⁾ keine Erwäh-

68) *S. Hug. DONELLUS* Comment. ad h. L. 7. Cod. Quod cum eo. nr. 2. pag. 155.

69) In der *L. 20. et 27. D. h. t.* ist zwar von einer *actio de in rem verso utilis* die Rede. Allein auch hier hatte die Tochter ein Geschäft ihres Vaters besorgt, indem sie das Geld zur Bekleidung der ihr von ihrem Vater versprochenen Kosten des Unterhalts von ihrem Ehemann borgte. Weil es jedoch noch zweifelhaft war, ob sie die Absicht gehabt habe, ein Geschäft des Vaters zu besorgen, und sich denselben verbindlich zu machen, und ob daher eine wahre *versio in rem* vorhanden sey, so wird

nur.

Erwähnung, so lehrt doch die angeführte Stelle aus dem *Coder* unwidersprechlich, daß man in der Folge die *actio de in rem verso*, die anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattet wurde, utiliter auch aus den Geschäften einer solchen Person, welche in des Beklagten Familien-Gewalt nicht ist, mit einem Dritten, so fern sie dem Beklagten erweislich zum Nutzen gereichen, zugelassen habe⁷⁰⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Klage auch gegen den Statt findet, der sich selbst willkürlich nicht verpflichten kann, weil hier die Verbindlichkeit *ex re*, d. i. ohne Einwilligung des Verpflichteten, aus der Billigkeit entspringt. Sie kann daher auch gegen Pupillen und Minorjährige angestellt werden, wenn der Kläger mit dem Vormunde zum Nutzen derselben contractirt hat⁷¹⁾.

L. 3. Cod. Quando ex facto tutor: Si in rem minoris pecunia profecta sit, quas curator vel tutori eius, nomine minoris, mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.

Ganz irrig hingegen ist es, wenn *Leyser*⁷²⁾ behauptet, die *actio de in rem verso*, welche an sich eine bloße Person

nur eine *actio utilis* gestattet, welche überhaupt alsdann Statt findet, wenn es zweifelhaft ist, ob die *actio directa* zulässig sey. *L. 21. D. de praescript. verbis.* S. *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad *L. 20. pr. D. h. t.* *POTHIER* Pand. Justin. h. t. Nr. VIII. not. b. u. *Ulr. HUBER* Eunomia Rom. pag. 576. sqq.

70) S. *RIND* Quaest. for. Tom. I. cep. 35. und *THIBAUT* Syst. des P. R. 1. B. S. 373.

71) *L. 20. §. 1. D. h. t.* S. *MÜLLER* ad *Struvium* Ex. XX. Th. 75. not. a.

72) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXVII. medit. 1.*

Personalklage ist, nehme die Natur eine Realklage, wenn die Sache oder das Geld des Klägers auf diehaltung oder Verbesserung einer fremden Sache derg verwendet worden sey, daß der Nutzen mit der Sache jeden Besizer derselben übergeht. Denn hier sey die derung des Klägers mit einer stillschweigenden Hypo versehen. Der Ungrund dieser Meinung ergibt sich daraus, weil durch die bloße Verwendung an sich die *actio in rem verso* nicht begründet wird, wenn sie nicht der Absicht geschehen ist, ein Geschäft des Beklagten durch zu besorgen⁷³⁾. Wie kann also daraus eine *actio civilis* entstehen, einen Dritten zu verpflichten, der die Sache, wegen welcher die Verwendung geschah, besitzt? Sodann aber beweisen selbst die vom Leyser angeführten Gesetzstellen⁷⁴⁾, daß der Gläubiger sein Geld namentlich zur Erhaltung der Sache des Schuldners creditirt haben müsse, wenn ihm deshalb eine Hypothek zustehen soll. Mit Recht ist daher diese Meinung schon von andern⁷⁵⁾ verworffen worden, wenn ihr gleich Zellfeld seinen Beyfall giebt.

73) *L. 6 §. 3. L. 7 §. 5. D. h. t. L. 13. Cod. Si certum petat.*

74) *L. 5. et 6. D. Qui potiores in pign.*

75) *S. Ge. Lud. BOEHMER Electa iuris civ. Tom. I. Exerc. XII. §. 18. Webers Versuche über das Civilrecht S. 188. §. 16. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. I. Observat. 355. und Io. Jac. ROZASING Diff. cit. de reversione in rem, §. 13. not. 1.*

Lib. XV. Tit. IV.

Q u o d i u s s u .

§. 919.

Begriff und Natur der *actio quod iussu*.

Ohne alle Rücksicht auf ein *Peñulium*, oder auf nützliche Verwendung haftet der Vater aus dem Contract seines Sohns alsdann, wenn er ihm den Befehl gab, das Geschäft zu schließen, aus welchem er belangt wird. Die Klage, welche in diesem Falle der Prätor gegen den Vater giebt, heißt *actio quod iussu*, oder auch *de iussu*⁷⁶⁾, und gewährt den Vortheil, daß sie immer auf das Ganze geht, der Sohn mag das, was er aus dem mit dem Dritten geschlossenen Geschäft erhielt, nützlich verwendet haben, oder nicht; denn der Gläubiger traut hier blos dem Vater.

L. 1. D. h. r. Merito ex iussu domini *in solidum* adversus eum iudicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

L. 2. §. 1. D. eodem. Si iussu domini ancillae, vel *iussu patris filiae* creditum sit, dando est in eos *quod iussu actio*.

§. 1.

76) L. ult. D. h. t.

§. 1. I. *Quod cum eo, qui in alien. potest.* Si domini cum servo negotium erit, in *solidum* Prae adversus dominum actionem pollicetur: scilicet is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

L. 5. Cod. ad *SCtum Macedon.* Sane si *iussu* per datum mutuuum probetur: nec in quos usus *versa* si cuncta disquiri necesse est, sed perpetua in patrem et mortuo filio est actio.

Die actio *quod iussu* setzt also voraus, 1) daß Familienvater einer unter seiner Gewalt stehenden Person also seinem Sohne, oder Tochter, oder welches bey den Römern ein noch gewöhnlicher Fall war, seinem Sklave ohne Unterschied des Geschlechts einen Befehl gegeben habe, mit einem Dritten einen Contract zu schließen. Der Befehl heißt hier der Wille, den ein Familienvater solchen Personen zu erkennen giebt, die unter seiner Gewalt stehen, daß sie etwas thun sollen. Ein solcher *iussus* ist also von einem Auftrage (*mandatum*) wohl zu unterscheiden, denn diesen erteilt man solchen Personen, die nicht in unserer Gewalt sind. Ob übrigens der Befehl mündlich oder schriftlich, vor Zeugen (*testato*) oder unter vier Augen, gegenwärtig, oder unter Abwesenden durch einen Boten erteilt wird, ist gleichviel. Er kann auch entweder nur auf eine einzelne Handlung sich beziehen, oder allgemein erteilet seyn. Auch stillschweigend kann der Befehl erteilt werden, wenn der Vater den Schuldschein seines Sohns mit unterschreibt. Es ist auch nicht nöthig, daß der Befehl dem Geschäfte immer vorausgehen müsse. Eine nachher erfolgte Genehmigung hat dieselbe Kraft, wie folgende Befehle be weisen.

L. I. §. I. D. h. t. Iussum autem accipiendum t, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, ut per nuncium, sive specialiter in uno contractu iussurit, sive generaliter.

§. 4. eiusd. *L.* Sed et si servi chirographo subripserit dominus, tenetur quod iussu.

§. 6. Si ratum habuerit quis, quod servus eius gesserit, vel filius, quod iussu actio in eos datur.

Noch ist zu bemerken, daß die actio quod iussu Statt findet, wenn auch der Befehl nicht von dem Paterfamilias selbst, sondern von dessen Curator oder Procurator ertheilt worden ist. Es muß nur ein wahrer Bevollmächtigter seyn.

L. I. §. 9. D. h. t. Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi iubente, cum servo contractum sit, putat LABEO dandam quod iussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem LABEO ait.

II. Der Contract muß in Betreff der eigenen Angelegenheiten des Sohns von demselben geschlossen worden seyn⁷⁷⁾. Betrifft das Geschäft den Vater unmittelbar, so findet nicht die actio quod iussu, sondern die actio ex contractu ohne Befehl statt.

L. 5. pr. D. h. t. Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, iusserit servo filiove numerari,
nulla

77) S. BÖHMER Doct. de actionib. Sect. II. Cap. X. §. 10. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1410. und Thibaut System des Pand. Rechts 1. Th. §. 372.

nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. *Immo hoc casu de iussu actio non competit.*

L. 4. Cod. Quod cum eo. Si ex contractu patris iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra veteris, ne a creditoribus eius conveniaris.

L. 13. Cod. eodem. Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur *Quod iussu*, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam.

III. Der Contract muß dem Befehl gemäß geschlossen worden seyn. Hat der Sohn den Befehl überschritten, so haftet der Vater weiter nicht, als soweit sein Befehl reicht. Jedoch kann in diesem Falle zuweilen die actio de peculio oder de in rem verso statt finden ⁷⁸⁾.

L. 3. D. h. t. Dominum, qui iussit semilibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, *hactenus teneri, quatenus iussit*: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

IV. Der Befehl muß nicht vor Abschließung des Geschäfts wieder zurückgenommen worden seyn. Es versteht sich jedoch, daß dem Sohn von dem geschehenen Wiederrufe in Zeiten Nachricht gegeben worden sey ⁷⁹⁾.

L. 1. §. 2. D. h. t. Sed ego quaero, an revocare hoc iussum, antequam credatur, possit? *Et puto posse*: quemadmodum si mandasset, et postea ante contractum

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXVIII, medit. 4.

ctum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset.

Stirbt der Vater vor der Vollziehung des dem Sohne erteilten Befehls, oder er kommt durch Arrogation in eines andern Gewalt, so erlischt der erteilte Befehl ebenfalls ⁸⁰⁾.

Nach diesen Voraussetzungen ist nun also die *actio quod iussu* diejenige prätorische Personalklage, welche derjenige, der, dem Befehl des Beklagten gemäß, mit einer unter desselben Gewalt stehenden Person, in Betreff der eigenen Angelegenheiten der letztern, ein Geschäft geschlossen hat, wider den Vater oder Herrn auf gänzliche Leistung desjenigen anstellt, was der Kläger aus dem geschlossenen Contract zu fordern hat.

Hat der Vater nicht selbst dem Sohne befohlen, eine Verbindlichkeit zu contrahiren, sondern einem Dritten den Auftrag gegeben, mit seinem Sohne ein Geschäft zu schließen, so hat wider den Vater nicht die *actio quod iussu*, sondern die *actio mandati contraria* statt ⁸¹⁾.

Daß auch der Sohn selbst aus dem Contract, den er dem Befehl seines Vaters zu Folge, in Betreff seiner eigenen Angelegenheiten, mit einem Dritten geschlossen hat, belangt werden könne, hat keinen Zweifel ⁸²⁾.

Wiele

80) L. 50. L. 25. §. 14. et 15. D. de acquir. vel omitt. heredit.

S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

81) L. 8. Cod. Mandati. BÖHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. in fine, und SCHMIDT'S Lehrbuch von Klagen §. 1415.

82) L. 3. §. 4. D. de minorib. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

der Kläger repräsentiren müssen; der Contract sey auf des Beklagten Befehl geschlossen worden, und also für denselben eben so verbindlich, als ob mit ihm selbst sey contractirt worden. Kommt man nun aber nicht auf solche Art am Ende wieder auf die actio quod iussu zurück? Es ist also doch wohl immer gescheider, gleich die actio quod iussu anzustellen, und sich darin zu gründen, daß der Contract auf des Beklagten Befehl mit seinem Sohn geschlossen worden sey, als durch jenen Umweg erst zum Ziele zu gelangen. Mit Recht sagt daher *Lauterbach* ⁸⁸⁾, daß auch heut zu Tage die actio quod iussu von dem größten Nutzen sey, weil sie den Kläger des mißlichen Beweises einer versio in rem überhebt, und ihn zu seiner ganzen Forderung verhilft. Man wendet daher heut zu Tage diese Klage utiliter auch auf andere Personen an, welche zwar sui iuris sind, aber doch unter dem Befehl eines Andern stehen, z. B. wenn ein Unterthan auf Befehl seiner Obrigkeit, ein Soldat auf Befehl seines Capitains, oder eine Ehefrau auf Befehl ihres Ehemannes ein Geschäft schließt ⁸⁹⁾.

Noch entsteht die Frage, ob die actio quod iussu auch dann Statt finde, wenn der Vater sich für den Sohn verbürgt hat? *Ulpian* wirft diese Frage L. 1. §. 5. D.

E e 2

h. t.

88) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. Man sehe auch *Ehtbaut* Syst. des P. R. 1. B. §. 372. a. E.

89) *STRYK* Us. mod. Pand. h. t. §. 1. et 2. *MÜLLER* ad *Struvium* Ex. XX. Th. 77. not. 2. *HÜBER* Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. et *RIJSD.* Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 579. sq. *Mich; God.* *WERNER* Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. pag. 578. und *Ehtbaut* Syst. des P. R. 1. Band. §. 372.

h. t. auf, und entscheidet sie verneinend. *Quid ergo, er, si fideiusserit pro seruo? ait MARCELLUS, non tenet quod iussu: quasi extraneus enim interuenit. Nec hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis sed quia aliud est iubere. Deneque idem scribit, e inuuliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quod fideiusserit. Quae sententia verior est.* **Brunnmann**⁹⁰⁾ und **Scryt**⁹¹⁾ halten diese Entscheidung für eine bloße Subtilität, weil der Vater durch Uebernehmung einer Bürgschaft für seinen Sohn das von demselben geschlossene Geschäft genehmige, eine Genehmigung aber dem iussus gleichgeachtet werde. Es sey also, wenigstens heut zu Tage, keinem Zweifel unterworfen, daß aus einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft der Vater so gut mit der actio quod iussu belangt werden könne, als wenn er durch seine Unterschrift den Contract des Sohns genehmiget hat. Allein mir scheint hierdurch der Entscheidungsgrund des **Marcellus** noch nicht entkräftet zu seyn, wie auch **Schiltzer**⁹²⁾ schon ganz richtig gegen **Brunnmann** erinnert hat. Denn offenbar ist fideiussio vom iussus sehr unterschieden⁹³⁾. Die Fideiussio ist ein Geschäft,

90) Comment. ad L. 1. in fin. D. h. t.

91) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

92) Prax. iur. Rom. Exercit. XXVII. §. 102.

93) Wie wichtig der Unterschied zwischen iussus und fideiussio sey, zeigt auch **Modestinus** in L. 25. D. ad SCtum Vellejan. wo er sagt: Si domina seruo suo credi iusserit, ACTIONE HONORARIA (i. e. quod iussu) tenebitur. Quod si pro eo fideiusserit, EXCEPTIONE SENATUSCONSULTI VELLEJANI, iudicio conuenta, aduersus creditorem tueri se poterit. **S. Henr. BRENNEMAN** de Enreaticis Diatriba. Cap. 3. p. 49. sqq.

schäft, welches nicht zwischen dem Vater und Sohn, wie der iussu, sondern zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, wie auch schon die bey der Fideiussion gebräuchlich gewesenenen römischen Formeln beweisen. Der Gläubiger fragte nämlich: *Quantam pecuniam filio tuo credidero, fide tua esse tubes?* — oder *Si filius tuus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse tubes?* Der Vater antwortete: *fide mea esse iubeo* ⁹⁴⁾. Wie konnte hierdurch die *actio quod iussu* begründet werden? Gewiß eben so wenig als wenn der Vater dem Gläubiger geradezu den Auftrag gegeben hätte, seinem Sohn zu creditiren; sondern so wie in dem letztern Falle die *actio mandati*, so hatte im Falle einer für den Sohn geleisteten Bürgschaft die *actio ex stipulatu* Statt. Die Worte: *quod genetur ex causa fideiussionis* zeigen dieses auch deutlich genug an. Denn da das Geschäft zwischen dem Vater und dem Gläubiger vorgeht, so kommt hier das Verhältniß zwischen Vater und Sohn in keine Betrachtung, und Marcellus sagt mit Recht, *pater QUASI EXTRANEUS intervenit*. Eben aus diesem Grunde erhellet aber auch, daß Schilter offenbar Unrecht hat, wenn er behauptet, der Vater hafte aus der Bürgschaft nur *peculiotenus*. Denn da hier der Vater wie ein *extraneus* betrachtet wird, so hafet er auch natürlich für die Schuld seines Sohnes in *solidum*. Die *actio de peculio* möchte allenfalls dann noch anzustellen seyn, wenn die Bürgschaft des Vaters vielleicht ungültig ist.

Denn

95) L. 47. §. ult. D. de fideiussor. L. 132. §. ul. D. de Verb. Obligat. L. 13. §. 9. D. de acceptilat. L. 16. §. ult. et L. 52. D. de fideiuss. S. Barn. BRISSENIUS de Formulis et solemn. P. R. verbis Lib. VI. nr. CLXXXVIII.

Denn daß auch in diesem Falle die *actio quod iussu* nicht
 Das greife, sagt Marcell ganz consequent. Nach dieser
 Ansicht muß denn also die Entscheldung dieses römischen
 Juristen auch noch heut zu Tage gelten ⁹⁵).

95) Mit mir stimmen überein MÜLLER ad *Struuium*. Exerc. IX.
 Th. 76. not. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.
 und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1806. not. a.

Lib. XVI. Tit. I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

§. 920.

Geschichte des Vellejanischen Senatusconsults. Verschiedene Arten der Intercession.

Schon längst vor dem Vellejanischen Senatusconsult waren die Intercessionen der Frauenspersonen ungültig. Zwar ist es irrig, wenn Schilker⁹⁶⁾ behauptet, daß selbst nach dem Naturrechte weibliche Bürgschaften nicht bestehen könnten. Denn wer kann den Frauenspersonen mit Grund die natürlichen Anlagen und Fähigkeiten absprechen; welche das Vernunftrecht erfordert, um sich verbindlich zu machen? Es würde auch, wenn man annehmen wollte, die bürgerlichen Gesetze hätten hier die natürlichen nur bloß bestätigt, gar nicht zu begreifen seyn, warum Frauenspersonen alle andere Rechtsgeschäfte und Verträge, welche nicht weniger Ueberlegung und Vorsicht erfordern, als die Intercessionen, dennoch gültig eingehen können⁹⁷⁾.

Allein

96) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 1.

97) Man sehe *Io. Aug. HELPFELD* Diss. de conditione mulieri intercedenti competente, praef. *Io. Casp. HEIMBURG* def. *Lenae* 1739. §. 19. *Webers* Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 3. S. 23. und f.

Iul.

Allein schon in den frühern Zeiten der Römer galten die Intercessionen der Frauenspersonen nicht. Denn man betrachtete sie, den Unmündigen gleich, als unvollständige Personen, die erst von andern ergänzt, ihren Willen vollkommen gültig erklären konnten⁹⁸⁾. Sie waren daher in einer beständigen Tutel, und ihre Handlungen erforderten, wie die Handlungen der Unmündigen, zu ihrer Gültigkeit die Auctorität ihrer Tutoren⁹⁹⁾. Waren sie nicht in der Tutel, so standen sie gewiß entweder unter der väterlichen Gewalt, oder sie befanden sich in manu mariti, und dann hatten sie ja nach dem ältern Rechte nichts Eigenes, wovon sie im Fall einer Intercession hätten Zahlung leisten können. Allein diese strenge Disciplin kam in der Folge außer Gebrauch. Eheweiber konnten nicht nur, als matronae, in einer freien Ehe leben, wo sie eines eigenen Vermögens

Iul. Frid. MALBLANC Diss. de renunciatione beneficiorum ex SCto Vellejano et Authentica; Si qua mulier a femina aut uxore minore facta; haud semper valida. *Tubingae* 1803. Sect. I. §. 2.

98) *Eato* sagt bey *LIVIUS Lib. XXXIV. cap. 3.* *Maiores nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum.*

99) *CICERO pro Muraena cap. 12.* *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt.* *ULPIAN, Fragm. Tit. XI. §. 1.* (in *Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejusf.* pag. 594.) *Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. — §. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant.*

nöthigens säßig waren ¹⁰⁰⁾, sondern es gab auch Fälle, wo sie von der Tutel frey wurden, z. B. wenn sie das ius liberorum hatten, welches nach der lex Papia Poppaea einer freygebohrnen Mutter, wenn sie drey Kinder, einer Freygelassenen aber, wenn sie vier Kinder gebohren hatte, zuweilen auch ohne diese Zahl durch ein Privilegium des Kaisers zu Theil ward ¹⁾. Diese freiere Lebensart der römischen Weiber ward durch die Aufhebung der Lex Oppia ²⁾, wodurch man die Uppigkeit derselben bisher noch immer in Schranken gehalten hatte, dergestalt befördert, daß Frauenspersonen, der ihrem Geschlecht sonst eigenen Schamhaftigkeit uneliegend, sich jetzt in alle gerichtliche und außergerichtliche, in Staats- und Privatgeschäfte einmischten ³⁾. Intercessionen derselben waren also nunmehr weder selten noch unstatthafte, desto nachtheiliger aber für ihr Vermögen. Was sich also vorher schon von selbst verbot, war jetzt, durch Gesetze zu verbieten, doppelt nöthig,

da

100) GELLIUS *Noct. Atticar. Lib. XVIII. cap. 6.* CICERO *Topic. cap. 3.* *S. Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejustin.* ad Tit. IX. *Fragmentor. Ulpiani.* pag. 590. und *Herm. CANNEGIER* *Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 2.*

1) ULPIANI *Fragm. Tit. XXIX. §. 3.* und *Fragmentum regular. ex veteri Icto §. 15.* in *Ans.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 807. *S. Ev.* OTTO *Diss. de perpetua feminarum tutela. Duisburgi 1719. Cap. 1. §. 23.* und besonders *Io. Gottl. HEINECCIUS* ad *Legum Iul. et Papiam Poppaeam Commentar.* Lib. II. cap. II. §. 3. et 4. pag. 235. fqq.

2) *S. Io. Guil. HOFFMANN* *Diss. ad Legem Oppiam de matronarum cultu. Francof. ad Viadr. 1736.*

3) Man lese hier die Rede des Cato bey LIVIUS *Lib. XXXIV. cap. 3.*

da die Frauenspersonen von ihrem Tutor weniger abhängen. Das Meiste war jedoch immer von Seiten der Ehemänner selbst zu besorgen, in deren Macht es stand, durch Liebe oder Strenge, ihre Weiber zu Intercessionen für sie zu verleiten. Es wurden daher zuerst durch die Edicte der Kaiser Augustus und Claudius die Intercessionen der Eheweiber für ihre Männer namentlich verboten. Et primo quidem, sagt Ulpian *L. 2. pr. D. h. t. temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne foeminae pro viris suis intercederent.* Sprachen nun gleich die Edicte dieser Kaiser ausdrücklich nur von den Intercessionen der Eheweiber, so fanden dennoch die römischen Rechtsgelehrten in dem weiblichen Charakter, und der diesem Geschlecht elgenen Gutmüthigkeit, nach welcher Frauenzimmer, im Vertrauen auf die Redlichkeit des Schuldners, sehr leicht zu Intercessionen zu bewegen sind, Grund genug, jene Edicte auch auf andere weibliche Bürgschaften auszudehnen. Und dieses bestätigte denn auch auf den Antrag des Consuls Vellejus Tutor das von ihm benannte Vellejanische Senatusconsult, welches nunmehr alle Frauenspersonen gegen den Nachtheil der Intercessionen auf das vollkommenste sichert. Postea factum est Senatusconsultum, fährt daher Ulpian *L. 2. §. 1. D. h. t. fort, quod plenissime foeminis omnibus subventum est: cuius Senatusconsulti verba haec sunt. Quod MARCUS SILANUS et VELLEIUS TUTOR, Consules, verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet⁴⁾, de ea re ita consuluerunt⁵⁾; Quod ad fideiuf-*
siones

4) Aut, AUGUSTINUS lib. de Legibus et Senatusconsultis (Paris
 sis

iones et mutui dationes pro aliis ⁶⁾, quibus intercesserint
 ear

sis 1584. f.) pag. 213. will statt oportet, lieber oporteret lesen, weil dieß die gewöhnlichere Formel in den alten Senatusconsulten bey Frontinus sey. Für diese Emendation scheint auch die Florentinische Schreibart *oportet* zu sprechen. Daber geben ihr Jac. GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. Cap. 9. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 289.) und Ger. NOODT Observat. Lib. I. cap. ult. Beyfall. Eben so liest auch Haerlooander, Baptista de Lertis und unser Codex MS. Pandectarum Erlang. Demohngeachtet streitet Io. Guil. HOFFMANN in Meletematib. s. Observationib. var. ad Pand. Diff. XV. §. 4. für die Beybehaltung des *oportet*. Baudouja liest statt dessen *placere*.

5) Statt *consuluerunt* wollen Augustin und Gothofred a. a. O. *consuerunt* lesen. Eben so liest auch Baudouja Esfius. Allein auch diese Emendation verwirft Hofmann a. a. O. und Io. STEK Vindicat. LL. anticrit. cap. 9. (in *Thes. Otton.* T. I. p. 518.) und Ger. NOODT loc. cit. führen Beispiele genug an, daß *consuluerunt* eben soviel als *consuerunt* heißt.

6) Die Worte *mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint*, halten einige für fehlerhaft. Jac. GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. cap. 9. liest statt quibus, pro quibus. Dieser Emendation stimmt auch POTHIER in Pand Justin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. e. bey. Claud. SALMASIUS de modo usurar. cap. 16. setzt das Unterscheidungszeichen nach *mutui dationes*, und liest nun *in quibus pro aliis intercesserint feminae*. Ger. NOODT Observat. Lib. I. cap. 18. hält es jedoch für unnöthig etwas hinzuzufügen oder einzuschalten. Durch eine bloße Versetzung der Worte könne aller Schwierigkeit abgeholfen werden. Er liest daher *quibus pro aliis intercesserint feminae*. Allein Io. Guil. HOFFMANN in Observat. var. ad Pand. Diff. XV. §. 4. und Io. Conr. RÜCKER in Diff. de civili et naturali temporis computat. Cap. II.

foeminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse 2), ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officii fungi, et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatam, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas fervetur. Man streitet sich über das wahre Zeitalter dieses Senatusconsultums. Zeineccius 8) glaubt, es sey schon unter Augustus gemacht worden. Denn in einer alten Inscrip. tion bey Gruter 9) fanden sich zwey Consuln Lucius Silanus und Velläus Tutor, welche im Jahr 703. regiert hätten. Diese wären unstreitig die nämlichen Consuln,

Cap. II. §. 8. halten richtiget auch nicht einmal eine Besetzung der Worte für nöthig, wenn nur das Unterscheidungszeichen geändert, und nach *mutui dationes* gesetzt wird. Denn das *quibus* geht offenbar nicht auf *aliis*, sondern auf *mutui dationes*. Es ist übrigens das *mutui dationes* mit POTHIER in Pand. Justin. c. 1. not. d. und SCHULTING in Thes. controvers. Dec. LVI. §. 2. passive in dem Sinn zu nehmen; *cum mulier ab eo, qui tibi mutuum erat daturus, veluti interposita a te persona mutuum accipit.*

7) Diese Worte beweisen deutlich, daß man schon vorher die Edicte der Kaiser August und Claudius durch die Auslegung der R. Rechtsgelehrten in der Praxis auf alle weibliche Intercessionen angewandt, und daraus keine Klagen gegen Frauenspersonen gestattet hatte; und diese Usualerklärung bestätigte bloß das Velleianische Senatusconsult. *S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 2. §. 1. D. h. t. und POTHIER c. 1. not. f.*

8) *Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 196. et in Synt. Antiquit. Rom. Lib. III. Tit. XX. §. 12.*

9) *Pag. CCCCLXX. Nr. 1.*

uhn, welche in dem Senatusconsultum angeführt worden, und es sey nur ein, nach Gruter zu berichtender Irrthum, wenn dem Silanus der Vorname Marcus beygelegt worden sey. Allein schon Herrmann Noordkerk ¹⁰⁾ erinnerte dagegen sehr richtig, daß dieser Meinung Ulpian geradezu widerspreche, welcher ausdrücklich sagt, daß erst nach dem Edict des Claudius das Vellejanische Senatusconsult gemacht worden sey. Was Heineccius ¹¹⁾ darauf zur Rechtfertigung seiner Meinung erwiedert hat, wird gewiß Niemanden überzeugen ¹²⁾. Johann Schilter ¹³⁾ setzt das Senatusconsult in die Zeiten des Tiberius. Diesen Tiberius verstehe Ulpian unter dem Namen Claudius. Denn unter seiner Regierung wären M. Junius Silanus und L. Norbanus Flaccus Consuln gewesen. Dem letztern sey nachher Marcus Silanus substituirt worden. Daher falle das Senatusconsult in das Jahr der Erb. Roms 771. Er bestärke diese Meinung noch durch L. 16. §. 1. D. h. t. wo Cajus Cassius Longinus einen Fall nach dem Vellejanischen Senatusconsult entscheide. Dieser römische Rechtsgelehrte habe aber unter Tiberius gelebt. Allein diese ganze Meinung beruht auf lauter unerwiesenen Hypothesen, wie schon Justf. Fried. Lud. Engelbrecht ¹⁴⁾ ausführt.

10) Specim. Lectionum seu disquisit. de Lege Petronia. Cap. III. §. 6. pag. 94.

11) Hist. iur. civ. Lib. I. §. 172.

12) Man sehe *Ern. Goth. Christ. Klügel* Diss. de SCto Vellejano, seu de intercessione mulierum. *Wittemb.* 1783. §. 1.

13) Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 3.

14) Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. *Goettingae* 1749. Cap. 1. §. 8.

fürlicher gezeigt hat. Noch unwahrscheinlicher ist **Lau-
terbachs** ¹⁵⁾ Meinung, daß das **Senatusconsult** unter
Nero gemacht worden sey. Die richtigste Meinung hat
unstreitig **Anton Schulring** ¹⁶⁾, denn es geglückt hat, das
Zeitalter der **Consuln** ausfindig zu machen, deren in dem
Senatusconsult gedacht wird. **M. Junius Silanus**
und **P. Valerius Asiaticus** kommen im Jahr der Erb.
Roms 799. als die ordentlichen **Consuln** bey **Dio Cas-
sius** ¹⁷⁾ vor. **Valerius** legte nach dem Zeugniß eben
dieses Historikers sein Amt vor der Zeit nieder. Nun
kommt in den **Fastis** ¹⁸⁾ unter dem beimerkten Jahr ein
gewisser **Consul Vellejus** als **suffectus** vor. Wer könnte
dieses wohl anders seyn, als der in dem **Senatuscon-
sult** genannte **Vellejus Tutor**? Zwar wird er in den
Fastis Rufus genannt. Was steht uns aber im Wege
mit **Mascov** ¹⁹⁾ und **Gregor Majansius** ²⁰⁾ anzuneh-
men, daß **Vellejus Rufus** auch **Tutor** genannt worden
sey? Es fällt also unser **Senatusconsult** unstreitig in die
Zeiten des Kaisers **Claudius**.

Das

15) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2.

16) Iurisprud. Antejust, pag. 640. Ihm stimmen auch **Car. God-
winckler** in *Diff. de Lege Iunia Velleja*. *Lipsiae* 1745. §. 2.
Engelbrecht cit. *Diff. Cap. 1. §. 10.* **Bach** *Hist. iurisprud.
Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. III. §. 24.* und **Hugo** im *Lehrbuch
der Geschichte des R. Rechts*. §. 224. bey.

17) *Hist. Rom. Lib. LX. pag. 685.*

18) **Onuphr. Panvinius** *Fast. Consul.* und **Hub. Goltzius** in
Fastis ex antiqui Monum. pag. 239.

19) *Animadversion ad Gravinæ origines iuris civ.* pag. 398.

20) *Disputat. iuris civ. Tom. I. Disputat. XXV. §. 3. pag. 385.*

Das Vellejanische Senatusconsultum erklärt nun alle Arten weiblicher Intercessionen für unwirksam²¹⁾. Ausdrücklich wird zwar der *fideiussiones* und *mutuaciones* gedacht, *quibus pro aliis intercesserint feminae*. Allein schon Gerhard Noodt²²⁾ hat sehr richtig bemerkt, daß beyde Arten der Intercessionen nur als Beispiele genannt worden sind. Genug daß in den Eingangsworten des Senatusconsults von den *obligationibus foeminarum* überhaupt die Rede ist, *quae pro aliis reae fierent*. Paulus läßt aber vollends keinen Zweifel übrig, wenn er L. 1. *pr. D. h. t.* sagt: *Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo foeminae intercederent*. Es kommt also vor allen Dingen auf die Entwicklung der verschiedenen Arten der Intercessionen an.

Intercession nennt man überhaupt eine Handlung, wodurch Jemand die schon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme derselben

21) Außer den bereits beyläufig angeführten Schriften über Engelbrecht, Walblanc und Klügel, sind über diese Lehre noch folgende zu bemerken. Jacques le CHASSEUR Diatr. ad SCtum Vellejanum in *Opp. Paris. 1617. 4.* Just. Hen. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. *Halae 1718.* (*Exercit. T. 3.*) Carl. Lud. Christoph. Köstlin's Abhandlung von besondern weiblichen Rechten. 2. B. S. 53 ff. Henr. Christ. GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani. *Hannoverae 1795.* H. D. SUSE Comm. de iure singulari feminae intercedentis P. I. *Goett. 1803.* und Christ. Gottl. BIZNER de fideiussione mulierum *Quaestiones. Lips. 1808.*

22) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Videamus* pag. 352.

ben verpflichtet zu seyn ²³⁾. Eine Intercession setzt dem nach.

I. eine dritte Person voraus, die Etwas schuldig ist. Es ist also keine Intercession, wenn man Jemanden bloß für eine, ihm etwa nachtheilige Handlung, Entschädigung zu leisten verspricht. Ulpian sagt L. 8. §. 1. D. h. t. Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et *indemnitatem eis repromiserit*, PAPINIANUS lib. 9. *Quaestionum non putat intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.* Einen ähnlichen Fall hat Africanus L. 19. pr. D. eodem. Tutor pupilli decesserat, herede instituto Titio. Cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit: stipulatusque de ea est, *indemnem se eo nomine praestari.* Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset, isque matrem conveniret, negavit *exceptionis Senatusconsulti locum esse* ²⁴⁾: *quando vix fit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit.*

II.

23) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 939.

24) Diesem ist L. 6. §. 1. Cod. h. t. nicht entgegen, denn hier hatte sich die Mutter dem Vormund, welcher sich aus Furcht, daß er wegen der Armuth des Pupillen nicht entschädigt werden möchte, entschuldigen wollte, durch ihr Versprechen, denselben zu entschädigen, für den Pupillen verpflichtet; es ist also hier ein Schuldner da, für den sie wirklich sich verbürgt hat. S. Jac. Cujacius Tract. IV. ad African. ad L. 19. D. h. t. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Est igitur.* pag. 354. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Guil. BEAT Ratio emendandi Leges Cap. V. §. 6—8. und Röslin im angeführten Buche 3. Buche 1. Abschn. §. 10—15. S. 102—109.

II. Wirkliche Uebernehmung einer fremden Verbindlichkeit. Es ist daher für keine Intercession a) halten, a) wenn man gleich für den Schuldner Zahlung leistet²⁵⁾; oder b) wenn man ihm das Pfand zurückgibt²⁶⁾; oder c) wenn Jemand den Andern von den für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten befreiet²⁷⁾; oder d) wenn Jemand Schuldner des Andern ist, und von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld an einen Dritten für ihn zu bezahlen²⁸⁾.

III. Man muß auch nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme der Verbindlichkeiten eines Andern verpflichtet seyn. Wenn man daher bey Antrittung einer Erbschaft, oder bey einem Kaufe derselben die darauf haftenden Schulden übernimmt, so ist dies keine Intercession²⁹⁾. In allen diesen Fällen findet daher auch das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung.

Eine wirkliche Intercession kann nun aber auf sehr verschiedene Art geschehen. Sieht man

I. auf die Schuldverbindlichkeit, welche übernommen wird, so lassen sich zwey Fälle bedenken. 1) Sie wird übernommen, ehe noch die Schuld entstand. Dies

25) L. 5. D. h. t. L. 1. L. 4. L. 9. Cod. h. t. S. Rössling's Abh. a. a. D. §. 8. S. 98. ff.

26) L. 8. pr. D. eodem. Rössling's Abh. a. a. D. §. 7. S. 97.

27) L. 19. §. 1. et. 2. D. h. t.

28) L. 24. pr. D. h. t. L. 2. Cod. eodem. Rössling a. a. D. §. 4. S. 93. f.

29) L. 13. pr. L. 32. pr. D. h. t. Rössling a. a. D. §. 2. S. 90. f.

ist 2) der Fall, wenn Jemand dem Andern den Austritt gibt, Etwas zum Besten eines Dritten auf seine, des Gewaltgebers, Gefahr zu thun. Diese Art der Intervention wird *mandatum qualificatum* genannt, und der Gewaltgeber vorzugsweise *mandator* ³⁰⁾. Ein Beyspiel enthält *L. 24. D. de fideiussorib.* Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet epistolam ita emisit: *Si petierit a te frater meus, petas ei nummos fide et periculo meo.* Man sehe auch *L. 6 et 7. D. h. t.* 2) Wenn ein Dritter den Contract, den ich mit Jemand schließen wollte, zu meinem Vortheil als Selbstschuldner übernimmt. Z. B. ich will von dem A ein Darlehen aufnehmen; allein weil A mir nicht reicht traut, kommt B dazu, und borgt das Geld für mich als Selbstschuldner. Den Fall hat Ulpian, wenn er *L. 8. §. 14. D. h. t.* sagt: *Si cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse.* Er kommt auch *L. 4. Cod. h. t.* vor: *Cum alijs pecuniam acciperet, mulier se ab initio ream constituit.* Dieser Fall wird in den Worten des Senatusconsults durch *mutui dationes, quibus pro alijs intercesserint foeminas* bezeichnet ³¹⁾. 2) Sie wird übernommen

30) Ein solches *mandatum qualificatum* ist nichts anders, als eine anticipte Bürgschaft. Daher geht auch die Verbindlichkeit eben so auf die Erben über, wie die Verbindlichkeit eines Bürgen. *L. 8. Cod. mandati. Nov. IV. cap. 1. S. Ia. VOORDA Elector. iur. civ. cap. 7.*

31) *S. CUIACIUS Tract. IV. ad African. ad. L. 19. h. t. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 352. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.*

ten, nachdem die Schuld schon in der Person eines Andern entstanden war. — *Intercessio* im eigentlichen Sinn. Die Gesetze unterscheiden diese beyden Arten der *Intercessio* dadurch von einander, daß sie Ersteres *novam obligationem*, Letzteres aber *veterem obligationem recipere* nennen³²⁾.

II. In Absicht auf die Art der durch *Intercessio* übernommenen Verpflichtung ist zu unterscheiden. A) Sie geschieht auf eine solche Art, daß der eigentliche Schuldner dadurch ganz von seiner Verbindlichkeit befreiet wird. *Intercessio principalis*, seu *privativa*³³⁾. Dies kann geschehen 1) durch *Delegation*, wenn man sich von dem eigentlichen Schuldner an dessen Stelle mit Einwilligung des Gläubigers überweisen läßt³⁴⁾. 2) Durch *Expromission*, wenn man die Verbindlichkeit des Hauptschuldners schlechthin, auch ohne dessen Zustimmung, dergestalt übernimmt, daß derselbe dadurch von allem Schuldnerus gegen seinen vorigen Gläubiger befreiet wird³⁵⁾. 3) Durch *Vertheidigung* eines Beklagten vor Gericht, insofern dadurch eine *Novation* geschieht, und die Verbindlichkeit des Beklagten, wenn er verurtheilt wird, auf den *Defensor* übergeht, folglich der eigentliche Beklagte

§ f 2

da

32) L. 8. §. 1. D. h. t. L. 18. Cod. eodem.

33) Die Gesetze sagen *alienam obligationem in se transferre*. L. 4. C. h. t.

34) L. 11. pr. D. de novat. Delegare est vice sua alium reum da creditori. S. Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 1.

35) §. 3. I. Quib. mod. tollit. obligat. L. 8. §. 5. D. de novationib. S. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. S. 937.

dadurch von der Klage seines Gläubigers befreiet wird Ulpian sagt *L. e. §. ult. D. h. t.* Sed etsi mulier *fenfor alicujus* extiterit, procul dubio *intercedit*. Su pit enim in se alienam obligationem: quippe cum hac re subeat condemnationem. Proinde neque matrem, neque filium, neque patrem permittitur mulier defendere. 4) Durch Eintretung in einen Schultract als Selbstschuldner, den ein Dritter mit dem Gläubiger schließen wollte. *L. 19. Cod. h. t.* bestimmt diesen Fall so: Si creditor, qui contrahere cum alio profuerat, mulieris personam elegit: und erklärt auch dieses für eine Art der Intercession, gegen welche der Frauensperson die *exceptio Senatusconsulti Vellejani* zur Statte kommt. Man vergleiche auch die oben angeführte *L. 1. §. 14. D. h. t.* und *L. 4. Cod. eodem.* 37) B) Die Intercession geschieht auf eine solche Art, daß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners dabey noch fortdauernd bleibt. *Intercessio accessoria seu cumulativa* 38). Hier sind wieder zwey Fälle möglich. Es kann nämlich der Intercedent entweder 1) nur erst dann belangt werden, wenn der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. — *Intercessio subsidiaria*. Dahin gehört, a) wenn

36) *L. 11. §. 1. D. de novat.* *L. 10. §. 1. D. de in rem verso, L. 2. Cod. de pact.* S. CUJACIUS Tract. IV. ad Africanum ad *L. 19. D. h. t.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Videmus igitur.* pag. 352. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. und LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 8.

37) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

38) Die Gesetze bezeichnen diese Art der Intercession durch den Ausdruck *alienae obligationis participatio.* *L. 9. Cod. h. t.*

wenn man für Jemanden Bürgschaft leistet, oder ein *mandatum qualificatum* giebt³⁹⁾, oder c) ein *contractum alienum* eingeht⁴⁰⁾; oder d) für einen Andern ne Sachen verpfändet, oder verpfänden läßt⁴¹⁾. Oder e) es kann der Intercedent, als solcher, die Klage des Kläubigers nicht einstweilen ganz von sich abwenden. — *intercessio non subsidiaria*, Dahin gehört der Beytritt als *correus debendi*⁴²⁾. Auf alle diese Intercessionsarten erstreckt sich nun das Vellejanische Senatusconsult. *Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Vellejano comprehenditur*, sagt Ulpian *L. 2. §. 4. D. h. t. sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint*.

§. 921.

Gründe des Vellejanischen Senatusconsults.

In den Gesetzen dieses Titels werden verschiedene Gründe angeführt, aus welchen es der Senat für nöthig gehalten habe, die weiblichen Intercessionen ohne Ausnahme zu untersagen. Erstens hielt man es für unschicklich, und der weiblichen Schamhaftigkeit zuwider, daß Frauenpersonen sich männlichen Geschäften unterziehen. Nun rechnete man die Intercessionen zu den bürgerlichen Rechtsgeschäften, die nur gewöhnlich unter Mannspersonen geschlossen

39) *L. 6. et 7. D. h. t.*

40) *Nov. IV. cap. 1.* Anderer Meinung ist zwar Eibaut im Syst. des P. R. 2. B. §. 940. Allein man sehe den 13. Th. dieses Commentars §. 851.

41) *L. 5. L. 7. et L. 12. Cod. h. t.*

42) *L. 17. §. 2. L. 18. D. h. t.* C. SCHILTER *Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 14.*

schlossen zu werden pflegen⁴³⁾. Sodann schien es an dem Senat unbillig, daß Frauenspersonen durch Ehenahme an fremden Schulden einen Verlust ihres Vermögens erleiden sollten. Diese Gründe werden in den Worten des Senatusconsultums selbst angeführt, vom Paulus aber *L. 1. §. 1. D. h. t.* noch deutlicher auseinandergesetzt, wenn er sagt: *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis, et pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum veraretur, sed etiam periculum rei familiaris.* Der Hauptgrund des Vellejanischen Senatusconsults beruht jedoch unstreitig in dem eigenthümlichen Charakter des weiblichen Geschlechts. Diesen Grund spricht auch Ulpian ganz bestimmt aus, wenn er *L. 2. §. 2. et 3. D. h. t.* sich darüber auf folgende Art äußert: *Amplissimus ordo opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem. — Infirmitas enim foeminarum auxilium meruit.* Unter dieser *sexus imbecillitas* ist jedoch, wie bereits an einem andern Orte⁴⁴⁾ bemerkt worden ist, nicht sowohl Schwäche des Verstandes, als vielmehr eine gewisse dem weiblichen

43) *L. 2. D. de div. reg. iuris.* *Foeminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt: et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.* Der Grund, daß dergleichen Geschäfte sich mit der weiblichen Schamhaftigkeit nicht vertragen, wird *L. 1. §. 5. D. de postul. L. 18. L. 21. Cod. de procurat.* angeführt. Was *officia virilia und civilia* sind, hat HELLFELD in der oben angef. *Diss. de conditione mulieri intercedenti* compet. §. 8 — 15. ausführlich erklärt.

44) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 122.

reandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Well jedoch Frauenspersonen leichter zu bewegen sind, wenn es blos darauf ankommt, sich für einen Andern verbindlich zu machen, als wenn davon die Rede ist, daß sie etwas schenken sollen⁵⁰⁾; so läßt sich daraus erklären, warum die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses ihnen nicht zu Statten kommt, wenn von solchen Rechtsgeschäften derselben die Rede ist, woben sie aus Freigebigkeit eine wirkliche Aufopferung des Ihrigen bewilliget haben⁵¹⁾. Mit Recht sagt daher Callistatus L. 21. §. 1. *D. h. t. Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto: oneribus enim earum Senatus succurrit.* Es gehört hierher nicht nur, wenn eine Frauensperson für einen Andern Zahlung geleistet⁵²⁾, oder Pfänder zurückgegeben hat⁵³⁾; denn hier ist nicht einmal eine wahre Intercession vorhanden; sondern auch wenn sie wirklich eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen hat, aber ihre Intercession blos animo donandi geschehen ist⁵⁴⁾. Jedoch versteht sich von selbst, daß eine solche

50) L. 4. §. 1. *D. h. t. Facillus se mulier obligat, quam alicui donat.* S. Köstlin's angef. Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. Th. S. 95. f.

51) L. 4. §. 1. *cit. Proinde, si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si sibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit. Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti.*

52) L. 5. *D. h. t. L. 1. L. 9. Cod. eodem.*

53) L. 8. *pr. D. h. t. L. 1. L. 4. Cod. eodem.*

54) S. Weber's angef. Beiträge 1. St. S. 24. ff.

nicht in die Strafen des Eölibats verfallen wollten⁴⁷. Das wichtigste Hinderniß einer standesmäßigen Ehe war aber Mangel am Vermögen, um ein Heyrathsgut bestell zu können, wodurch sich die rechtmäßige Ehefrau damals von der Concubine unterschied. Um nun diesem Gesetz Folge leisten zu können, lag selbst dem Staate daran, daß die Frauenspersonen ihr Vermögen zu diesem Zweck erhalten werde. Wie sehr mußte nicht also auch dem Senate daran gelegen seyn, zu verhüten, daß Frauenspersonen durch Intercessionen nicht um ihr Vermögen gebracht würden?⁴⁸ Wie nothwendig eine d. zur Schließung einer standesmäßigen Ehe gewesen sey, beweist unter andern die bekannte Stelle aus des Plautus Trinummus⁴⁹), wo Lesbonicus sagt: *Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant, me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic SINE DOTE dedisse magis, quam in matrimonium.* Auf diese Nothwendigkeit eines Heyrathsgutes machen auch die Röm. Juristen aufmerksam. Paulus sagt *L. 2. D. de iurs dot. REIPUBLICAE nostras interest, mulieres dotes salvas habere, PROPTER QUAS nubere possunt.* Noch mehr bestärkt dieses Pomponius, wenn er *L. 1. D. Solutio matrim.* sagt: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas, ad sobolem pro-*
crean-

47) S. HEINECCI Comment. ad Leg. Iul. et Papiam Poppaeam Lib. II. cap. 3.

48) S. Christ. Henr BREUNING Progr. de politica S. C. I. Vellejani de fideiussione feminarum. Lipsiae 1752. §. 8. et 9.

49) Act. III. Scen. II. v. 62. sqq.

reandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Well jedoch Frauenspersonen leichter zu bewegen sind, wenn es blos darauf ankommt, sich für einen Andern verbindlich zu machen, als wenn davon die Rede ist, daß sie etwas schenken sollen⁵⁰⁾; so läßt sich daraus erklären, warum die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses Ihnen nicht zu Statten kommt, wenn von solchen Rechtsgeschäften derselben die Rede ist, wobey sie aus Freigebigkeit eine wirkliche Aufopferung des Ihrigen bewilliget haben⁵¹⁾. Mit Recht sagt daher Callistratus L. 21. §. 1. *D. h. t. Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto: oneribus enim earum Senatus succurrit.* Es gehört hierher nicht nur, wenn eine Frauensperson für einen Andern Zahlung geleistet⁵²⁾, oder Pfänder zurückgegeben hat⁵³⁾; denn hier ist nicht einmal eine wahre Intercession vorhanden; sondern auch wenn sie wirklich eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen hat, aber ihre Intercession blos animo donandi geschehen ist⁵⁴⁾. Jedoch versteht sich von selbst, daß eine solche

50) L. 4. §. 1. *D. h. t. Facillius se mulier obligat, quam alicui donat.* S. Köslins angef. Abh. von besond. weiblichen Rechten 2. Th. S. 95. f.

51) L. 4. §. 1. *cit. Proinde, si, dum vult Titio donatum, accipit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit. Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti.*

52) L. 5. *D. h. t. L. 1. L. 9. Cod. eodem.*

53) L. 8. *pr. D. h. t. L. 1. L. 4. Cod. eodem.*

54) S. Wetters angef. Beiträge 1. St. S. 24. ff.

die Absicht bey einer wirklichen Uebnahme fremder Verbindlichkeiten im Zweifel nicht vermuthet wird, sondern immer einen bündigen Beweis erfordert. Dieser Beweis wird aber dadurch noch nicht überflüssig, daß die Intercedentin die schlechten Vermögensumstände des Hauptschuldners kannte, wosern sie nicht den völligen Verlust des Ihrigen als ganz gewiß voraussahe, und in diesem Bewußtseyn die Verbindlichkeit für den Schuldner übernahm, ohne deshalb eine Entschädigung zu erwarten⁵⁵⁾.

§. 922.

Wem? und für Wen verbietet das Senatusconsult zu intercediren.

Das Vellejanische Senatusconsult mißbilliget nun also alle oben angegebenen Arten von Intercessionen, sobald sie von Personen weiblichen Geschlechts übernommen werden, und es ist kein Unterschied, sie mögen verheyrathet, oder ledig, Jungfern oder Wittwen, von vornehmen oder geringen Stande seyn⁵⁶⁾. Es ist auch gleichviel, der Gläubiger sey eine Manns- oder Weibsperson. *L. 5. Cod. h. t.* sagt ausdrücklich: *Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quod si consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes.* *Leysser*⁵⁷⁾ meint zwar, diese Verordnung streite gegen die bekannte Regel, nach welcher ein Privilegirter gegen einen gleichmäßig Privilegirten sich seines Privilegiums nicht bedienen könne; von der man

55) *E. Weber a. a. D. S. 27.*

56) *E. Köstlin's angef. Abhandlung 2. B. S. 64.*

57) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 2.*

man doch hier eine Ausnahme zu machen, keinen vernünftigen Grund habe. Es lasse sich daher von jener Verordnung kein anderer Grund angeben, als der, weil es dem Gesetzgeber eben so beliebt habe. Allein die vom Leyser angeführte Regel findet hier keine Anwendung. Sie setzt eine Collision der Privilegien oder der besondern Rechte voraus, welche hier offenbar nicht eintritt, wenn eine Frauensperson sich bey einer andern Frauensperson für einen Dritten verbürgt hat. Hier kann sich immerhin die Bürgin des ihr vermöge des Senatusconsults zustehenden Besondern Rechts bedienen, ohne dadurch dem besondern Rechte der Andern zu nahe zu treten, weil nur die Bürgin, nicht aber die Gläubigerin sich in dem Falle befindet, wo das ihr zustehende besondere Recht geltend gemacht werden kann, wie ich schon an einem andern Orte ⁵⁸⁾ gezeigt habe.

Eben so wenig kommt es ferner in Absicht auf die Gültigkeit weiblicher Intercessionen darauf an, für wen Frauenspersonen intercediren. Der Schuldner sey eine Manns- oder Frauensperson, eine fremde oder eine mit ihnen verwandte Person, so ist die Intercession gleich ungültig. Es gilt daher weder die Bürgschaft einer Mutter für ihre Kinder, noch die Intercession einer Tochter für ihre Eltern, auch wenn sie dieselben damit aus dem Gefängniß retten könnten ⁵⁹⁾, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 3.

58) C. den 2. Th. dieses Commentars §. 105. C. 24. f.

59) C. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 5. Rösli n s Abhandl. 2. B. C. 65. f. und GERCKE Diff. cit. de limitibus SCci Vellejani §. 11.

L. 3. *Cod. h. t.* Si cum ipse mutuan pecuniam acciperes, mater tua contra amplissimi ordinis consultum fidem suam interposuit: exceptione se tueri potest.

L. 8. *Cod. eodem.* Si paternam obligationem non tantum masculini sexus filii, verum etiam filiae emancipatae in se receperunt: quamvis filiae virilibus obligationibus eximantur propter exceptionem, quae ex Senatusconsulto Vellejano descendit; tamen filios in id, quod se obligaverunt, teneri, filiarumque subducta persona patrem in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiae non intercessissent, dubium non est.

Daher wird auch in der Novelle 115. Kap. 3. §. 8. die Enterbungsursache, welche in einer verweigerten Bürgschaftsleistung der Kinder für ihre im Gefängniß sitzenden Eltern besteht, ausdrücklich nur auf die Söhne eingeschränkt⁶⁰⁾. Nicht wirksamer kann also auch wohl die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann seyn. Voet⁶¹⁾ meint zwar, daß ihr das Vellejanische Senatusconsult nicht zu statten komme, wenn sie sich für ihren Ehemann verbürgt hat, der eines begangenen Vergehens wegen war in Verhaft genommen worden. Allein diese Ausnahme ist ganz ungegründet. Schon vor dem Vellejanischen Senatusconsult waren die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner durch die oben bemerkten Edicte der Kaiser Augustus und Claudius unbedingt verboten, und Justinian geht in der Novelle 134. Kap. 8. noch weiter. Nach dieser neuesten Verordnung soll eine
solche

60) S. den 7. Th. dieses Commentars §. 551. S. 234. f.

61) Commentar. ad Pand. h. t. §. 10.

solche Intercession durchaus nichtig seyn, und auf keine Weise gültig werden, wenn sie auch nachher öfters wiederholt und bekräftiget worden wäre. Der einzige Fall soll ausgenommen seyn, wenn die Intercession zu ihrem eignen Nutzen geschehen ist. Ausserdem soll die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann eben so angesehen werden, als ob sie gar nicht geschehen wäre, die Schuld des Mannes sey eine öffentliche oder Privatschuld.

Die Worte der Novelle selbst lauten nach Zomberg's Version folgendermaßen.

„Si quae mulier in instrumento crediti viro suo consentiat, aut subscribat, et substantiam suam, vel se ipsam obligaverit: jubemus, *ne tale quid valeat, vel obtineat, sive id semel, sive saepius pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum* ⁶²⁾: *sed pro non scripto habeatur, nisi manifeste probetur, pecuniam in utilitatem mulieris versam esse* „

Hat eine Frauensperson für einen andern Schuldner intercedirt, der nicht ihr Ehemann ist, so ist in Gemäßheit der neuern wichtigen Verordnung des Kaisers Justinian in der *L. 23. Cod. h. t.* die Intercession nicht durchaus nichtig, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument geschehen ist, oder nicht. Nur in dem letzten Falle ist die Intercession nichtig, und für so gut, als gar nicht geschehen, anzusehen, den einzigen Fall

62) Homberg hat hier *delictum*: allein das griechische Wort *ὀφλημα* heißt soviel als *debitum*. Daß diese Bedeutung auch hier anzunehmen sey, lehrt der ganze Zusammenhang.

Fall ausgenommen, wenn die Intercedentin eine Belohnung empfing. Außer diesen Fall ist jede weibliche Intercession, die ohne jene Form geschehen ist, dergestalt ungültig, daß der Richter den Gläubiger mit der Klage gegen die Bürgin sogar von Amtswegen abweisen muß, wenn sie auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützt⁶³⁾. In dem ersten Falle hingegen wird die Intercession nur durch Hilfe einer Exception unwirksam, schützt sie diese nicht vor, so kann sie aus der Bürgschaft condemnirt werden. Da ich mich in der Folge auf diese wichtige Verordnung öfters beziehen müssen, so ist es nöthig, sie hier wörtlich einzurücken. Sie lautet folgendermassen.

„Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, mulierem, si intercesserit, *sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio: sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit. Sed siquidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum:*
omni-

63) Es werden jedoch auch da, wo Intercessionen der Frauenpersonen an sich nichtig sind, die andern Rechtsmittel des gemeinen Rechts, welche z. B. wegen einer Arglist, oder wegen einer versio in rem Statt finden, nicht ausgeschlossen. Actionem enim, quae in dotum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit, sagt L. 30. pr. D. h. t. S. auch L. 15. D. eodem, und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 944.

omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulator ostendere, eam accepisse pecunias vel res, et sic subiisse obligationem; repelli eam a S.Cti iuvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum: tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum fervari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari. — Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, *nisi instrumento publico confecto, et a tribus testibus subfignato* ⁶⁴⁾ *accipiant homines a muliere pro aliis confessionem*: tunc enim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem *extra eandem observationem* mulieres acceperint intercedentes: *pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta*: ut nec Senatusconsulti auxilium impleretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

§. 923.

64) Höpfner im Commentar über die Institutionen des Heineccius. §. 838. Not. 3. hält es h. 1. L. für hinreichend, wenn das Document von der Obrigkeit ausgefertigt ist; Köstlin hingegen in der angef. Abh. 2. B. S. 119. sagt, was ein öffentliches Instrument sey, müsse nach den Gesetzen eines jeden Orts bestimmt werden.

§. 923.

Wirkung des Vellejanischen Senatusconsults.

Der Vellejanische Rathschluß hebt zwar die Verbindlichkeit, welche nach dem natürlichen Rechte aus der Intercession einer Frauensperson entsteht, gänzlich auf⁶⁵⁾ erklärt aber doch deswegen die weiblichen Intercessionen nicht für absolut nichtig, sondern sie sollen nach der Vorschrift desselben nur eine unwirksame Verbindlichkeit erzeugen⁶⁶⁾: Es findet daher 1) nach dem strengen Rechte zwar gegen die Intercedentin eine Klage statt; allein sie kann sich, wenn sie aus der Intercession belangt wird, mit einer Einrede (*exceptio Scti Vellejani*) schützen, wodurch die ganze Klage unwirksam gemacht wird. In dieser Hinsicht sagt *L. 9. Cod. h. t. Senatusconsultum de intercessionibus obligationem mulieris efficacem esse non tinit*. Bedient sich also die Intercedentin der ihr nach dem Senatusconsult zustehenden Einrede nicht, so kann sie zur

Bejahung

65) Julian sagt *L. 16. §. 1. D. h. t. Totam obligationem Senatus improbat*.

66) Der Senat sagt bloß: *se arbitrari, non esse aequum, foeminas obstringi eius generis obligationibus, quae ad officia virilia pertinent. L. 2. §. 1. D. h. t.* Wenn es nun gleich vorher heißt: *iam ante ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*; so geht doch dieses nicht darauf, daß die Klage von richterlichen Amtswegen nicht gestattet, sondern vielmehr daß sie ope exceptionis verworfen werden solle, wie *Ger. NOODT* in *Comm. ad Pand. h. t. §. Pergit Senatus pag. 354. sq.* gezeigt hat. Eben so ist auch *Pomponius* zu verstehen, wenn er *L. 32. §. 3. D. h. t.* sagt: *Totus sermo Scti ad petitionem non dandam adversus mulierem spectat: das heißt, ad dandam mulieri exceptionem, wie es NOODT a. a. O. pag. 355. erklärt.*

zahlung verurtheilt werden, ohne daß den Richter deshalb der Vorwurf einer begangenen Ungerechtigkei oder Irthigkeit trifft ⁶⁷⁾. Nach dem neuern Rechte fällt dieses noch in zwey Fällen weg, nämlich a) wenn eine Frau ihren Ehemann intercedirt hat ⁶⁸⁾, und b) wenn die Intercession für einen andern Schuldner in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Hier findet das Senatusconsult nicht Statt, und die Klage muß schon von richterlichen Amtswegen verworffen werden, als wenn gar keine Intercession geschehen wäre ⁶⁹⁾. II) Hat die Intercedentin dem Gläubiger des Schuldners zur Sicherheit ein Pfand gegeben, so kann sie dieses von jedem Besitzer vindiciren, und es müssen ihr Früchte und Schäden ersetzt werden. Pomponius sagt *L. 32. §. 1. D. h. t. Si mulierem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos* ⁷⁰⁾ recipit: et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur. Sed si

67) *Nov. CXXXIV. cap. 3.*

68) *L. 23. §. 2. in fin. Cod. h. t.*

69) *S. MÜLLER ad Struvium Exercit. XXI. Th. 4. not. n. Nr. V. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141.* Nicht unrecht sagt daher Weßphal in seinen Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 1. *S. 83.* daß hier der Frauensperson nicht sowohl die exceptio *SCti Vellejani*, als vielmehr die exceptio nullitatis zu statten komme.

70) *Fructus liberi* sind, wie es *Accursius* ganz gut erklärt, quasi non obligati, das heißt, der Gläubiger kann so wenig die Früchte, als die Sache selbst, zum Pfande, zurückhalten, oder jene auf die Schuld anrechnen. *S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 32. §. 2. D. h. t. und POTHIER Pand. Institut. Tom. I. h. t. Nr. XXXIX. not. g.*

si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emptorem: *ne melioris conditionis emptor sit, quam fuerit venditor* 71). Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn sie den Gläubiger zur Bezahlung der Schuld, für welche sie gesagte, eine Sache verkauft, und übergeben hat. Setzt ihr der Gläubiger, wenn sie die Sache vindicirt, die *exceptio rei venditae et traditae* entgegen, so kann sie repliciren, daß der Verkauf dem *Senatusconsultum* zuwider geschlossen worden, und daher ungültig sey. Ja wenn auch der Gläubiger den Kauf nicht selbst mit der Intercedentin geschlossen, sondern eine dritte Person untergeschoben hätte, so würde dieses dennoch keinen Unterschied machen, wie aus folgender Gesetzesstelle erhellet.

L. 32. §. 2. D. h. t. Item, si mulier creditori viam fundum vendidit, et tradidit ea conditione, ut emptor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, aut 72) *si res venditio contra Senatusconsultum facta sit* 73). Et hoc procedit,

71) *S. L. 175. §. 1. D. de div. reg. iuris.*

72) Halsländer liest statt *aut si*, *ac si*. Anton Faber in *Rational. ad h. L. aber AT si*.

73) Diese Worte geben deutlich zu erkennen, daß hier von keiner bloßen Zahlung für den Schuldner die Rede sey, wo die *L. 4. Cod. h. t. auxilium Senatusconsulti* ver sagt; sondern von einem solchen Falle, wo der Verkauf zur Eludirung des Vellejantischen *Senatusconsulti* geschehen war. Wenn jedoch *Iac. Gothofredus Animadversion. iuris civ. cap. 10. (in Thef. iuris Rom.*

dit, siue ipse creditor emerit, siue interpdsuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

Ein ganz anderer Fall wäre es, wenn die Intercedentin ihre Sache zwar in der Absicht, um sich mit dem Erlös ihrer Bürgschaft zu entledigen, aber an einen Dritten unbedingt verkauft hätte, der weder der Gläubiger selbst, noch eine von ihm untergeschobene Person ist. Hier kann sie die verkaufte Sache nicht vindiciren. Denn man kann hier nicht sagen, daß der Käufer dem Vellejanischen Senatusconsult entgegen gehandelt habe. III. Wenn sie vermöge der Intercession für den Schuldner zahlte, so kann sie das Gegebene jedoch nur insofern als es aus Irrthum geschah, von dem Empfänger mit der *condictio indobiti*, aber ohne Zinsen, zurückfordern.

G. 9. 2. L. 9.

Rom. Otton. Tom. III. pag. 291. Diese Gesetze von einem solchen Falle verstehen will, wo die Frau den Personen noch unentstandener Schuld das Ubrige verkaufte, um das Kaufgeld auf das von einem Dritten zu contrahirende Darlehn abrechnen zu lassen, so widerstreitet offenbar der ganze Wortverstand dieser Erklärung. Die hier gebrauchte Redensart, *acceptam pecuniam alicui referre* heißt ja nichts anders, als in dem Rechnungsbuche bemerken, daß der Schuldner das Geld wieder bezahlt habe. Daß hier von einer schon contrahirten Schuld die Rede sey, lehren auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 198. wo die Worte *ea conditione* etc. so lauten: *ἐπι ἀπέσει τῆ λογιστικῆς τῆς τῆς τῆς εἰς τὸ κοινὸν τῆ ἀνδρῶν*. Man sehe auch *Ant. FABRI* Rational. in Pand. ad II. L.

74) S. POTHIER *Pandect. Instin.* Tom. I. h. t. Nr. IV. not. d. und *DES LINS* *Abb.* von besondern weiblichen Rechten. 2. Bd. S. 78. f. 9. 36.

L. 9. Cod. h. t. Quamvis mulier pro alio scilicet vere possit; tamen si praecedens obligatio, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, eius Senatusconsulti beneficium se ignorans, locum habet repetitio.

Hierdurch unterscheidet sich also der Vellejanische Rathschluß von dem Macedonianischen, wovon Marcian *L. 40 pr. D. de condict. indebiti* den Grund angebe, weil jener zum Besten der Frauenspersonen, dieser aber aus Haß gegen die Gläubiger gemacht sey. Allein der wahre Grund dieses Unterschiedes ist vielmehr der, weil das Vellejanische Senatusconsult selbst der sonst aus weiblichen Bürgschaften entstehenden natürlichen Verbindlichkeit dergestalt alle Wirkung entzogen hat, daß in den bürgerlichen Gerichten, den Fall eines Dolus ausgenommen, gar keine Rücksicht weiter darauf genommen wird; ⁷⁵⁾; dahingegen der Macedonianische Rathschluß dem Gläubiger nur blos die Klage versagt, ohne die Verbindlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben ⁷⁶⁾. Der Zahlung wird die Delegation gleichgeachtet, wenn nämlich die Bürgin zur Befriedigung des Gläubigers, bey dem sie intercedirte, ihren Schuldner an ihre Stelle setzte, und auch hier wird die Condictio gestattet, wie Ulpian in folgender Gesetzesstelle lehrt.

L. 8. §. 3. D. h. t. Interdum intercedenti mulieri et condictio competit: puta si contra Senatusconsultum

75) *C. Webers* syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 70. S. 262.

76) *L. 10. D. de Scto Macedon. C. RUBERI* Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und besonders *HELLFELD* Diss. de conditione mulieri intercedenti competente. *Jenae 1739. S. 23. 199.*

tum obligata, debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit *condictio*: quemadmodum si pecuniam solvisset, *condiceret*: solvit enim et qui reum delegat.

Sie kann jedoch auch, wenn sie will, die geschehene Zahlung gelten lassen, und dann, wie jeder andere Bürge, mit der *actio mandati* gegen den Schussner ihren Regreß nehmen. Nur muß sie in diesem Falle den Schuldner durch hinlängliche Caution gegen allensfallige Ansprüche des Gläubigers in Sicherheit setzen.

L. 31. D. h. t. Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed *mandati agere, et cavere velit de indemnitate reo, audienda est* 77).

Zumellen kann die Intercedentin auch gegen den Gläubiger darauf klagen, daß sie von der übernommenen Verbindlichkeit befreiet werde. Die Klage ist hier ebenfalls die *condictio indebiti*, welche bekanntermassen auch auf Befreiung von einer ohne Schuldigkeit übernommenen Verbindlichkeit geht 78). Diese Condictio kommt ihr sogar auch da zu statten, wo sie die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht vorschützen konnte, wie aus folgender merkwürdigen Gesetzesstelle erheller.

L. 8. §. 2. D. h. t. Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius: duas intercessiones factas, JULIANUS *Libro 12. Digestorum* scribit: unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius: et ideo
et

77) C. Ant. FABRI *Rational.* ad Pandect. in h. L. N. POTHIER *Pand. Justin.* T. I. h. t. Nr. XXXVIII, not. f.

78) L. 3. *Cod. de condict. indebiti.*

et Primo restitui obligationem, et adversus eum. CELLUS autem notat, esse aliquam differentiam, ut hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum datur, et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat; an vero quasi debitor delegetur; scilicet, ut si quasi debitor delegata una sit intercessio. Proinde secundum hanc distinctionem, in prima visione, ubi quasi debitor delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti MARCELLI non daret: sed condemnata, vel ante condemnationem, condicere tuique ei, a quo delegata est; poterit, quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem.

Anton Faber ⁷⁶⁾ findet bey dieser Stelle unauslöbliche Schwierigkeiten, welche er am Ende einer unrichtigen Auslegung des Tribonians von Marcellus Noce zu Julian zuschreibt. Der Fall, von welchem das Gesetz redet, ist folgender. Eine Frauensperson hatte bey dem A. für den B. und bald nachher auch für den A. bey seinem Gläubiger C. intercedirt. Es entstand hier die Frage, ob dieses für eine oder für zwey Intercessionen zu halten, und welches die rechtliche Folge davon sey? Ulpian führt zuerst Julians Meinung an, welcher in seinen Digesten lehrt, daß in dem vorliegenden Falle zwey Intercessionen geschehen wären, die eine für den B. bey dem A. die andere für den A. bey seinem Gläubiger C. Die Folge sey daher, daß dem A. seine alte Klage gegen den B. und dem C. gegen den erstern wieder hergestellt werde. Davon einer Wiederherstellung der Klage nur dann die Frage seyn kann, wenn die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit

76) Conjectur. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 1.

Verbindlichkeit aufheb, so ist also hier ein solcher Fall voraus-
 zusetzen, wo die Intercession durch eine Novation oder De-
 legation geschehen war. Allein Ulpian bemerkt, daß
 Marcellus in seinen Notizen zu Julian hier einen Unter-
 schied mache, ob die Intercedentin die Verbindlichkeit des
 A. bey seinem Gläubiger schlechthin durch Expromission
 übernommen, oder ob sie namentlich, als Schuldnerin
 des A., nämlich wegen der bey demselben für seinen Schuld-
 ner B. geleisteten Expromission, an seine Stelle dem Gläu-
 biger desselben sey überwiesen worden. In dem letztern
 Falle, (durch eine Verwechslung, die jedoch in unsern Ge-
 setzen nicht ungewöhnlich ist, wird zwar gesagt: *in prima*
visone; allein der Beysatz: *ubi quasi debitrice delegata est*,
 zeigt an, daß von dem andern Falle die Rede sey) in dem
 letztern Falle also behauptet Marcell, daß nur eine In-
 tercession vorhanden sey, nämlich die durch Novation zu-
 erst bey dem A. für den B. geschehen war. Der erste
 Fall ist zwar nicht weiter berührt, allein gerade aus die-
 sem Stillschweigen sieht man, daß Marcell hierin der
 Meinung des Julians beygestimmt habe. Dieser Distin-
 ction zu Folge schließt nun Ulpian, daß Marcellus in
 jenem zweyten Falle, da die Intercedentin, als Schuld-
 nerin des A., an dessen Stelle delegirt worden ist, der,
 selben auch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults
 nicht gestattet haben werde. Warum? Die meisten Ausle-
 ger sagen, weil die Intercedentin sich arglistig für die
 Schuldnerin des A. ausgegeben, da sie doch gewußt, daß
 sie für seinen Schuldner B. blos intercedirt habe; sie habe
 also den unwissenden Gläubiger des A. hintergangen. Da-
 rum sey die zweyte Intercession für keine solche zu halten,
 wogegen ihr das Vellejanische Senatusconsult zu statten
 komme.

komme ⁸⁰⁾. Allein wäre dieses der Grund, so würde ihr auch wohl kein Rechtsmittel gegen ihren Gläubiger, von dem sie delegirt worden, zugestanden werden können, wie ihr doch hier ausdrücklich eingeräumt worden ist. Anton Faber kann daher schlechterdings nicht begreifen, wie Marcellus der delegirten Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde haben abprechen können, da die Delegation ohne allen Zweifel eine Art von Intercession sey. Allein der Umstand, daß die Frauensperson, welche für den Schuldner des A. expromittirt hatte, sich von dem Gläubiger, als Schuldnerin, an seinen Gläubiger delegiren ließ, war allerdings entscheidend. Denn da nach dem Vellejanischen Senatusconsult die Intercession einer Frauensperson nicht schlechterdings unguiltig ist, sondern nur durch Hülfe der Exception unwirksam wird, so war sie, *opposita nondum exceptione*, allerdings nach dem strengen Rechte als Schuldnerin des A. anzusehen. Sie übernahm also durch die Delegation nicht sowohl eine fremde Verbindlichkeit, sondern versprach nur dem Gläubiger des A. das bezahlen zu wollen, was sie diesem, nämlich dem A., schuldig zu seyn glaubte. Da sie also als Schuldnerin nicht intercedirte, sondern vielmehr, wie Porhier ⁸¹⁾ ganz richtig sagt, ihr eigenes Geschäft gerirte; so konnte Ulpian in Gemäßheit des von
 Mar

80) *C. lo. Jac.* WISENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXX. Th. 11. *Iust.* MEIER *Ευδοξῶν* Iustinianeor. Decad. V. Cap. 7. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 5. *Ulr.* HUBER *Eunomia Rom.* ad Lib. XVI. Pand. pag. 583. und *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pandectar. loca difficillora Exercit. XIII. §. 4.

81) *Pandect. Iustinian.* Tom. I. h. t. Nr. XXVI. not. g.

Marcellus gemachten Unterschiedes mit Recht sagen, Marcell werde in diesem Falle die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht gestattet haben, wenn der Gläubiger, dem sie delegirt worden ist, auf die Bezahlung gegen sie klagt. Ob sie sich im Ernst für die Schuldnerin des A. hielt, oder gewußt habe, daß sie durch eine Exception gedeckt sey, kommt hier in Rücksicht des dritten Gläubigers in keine weitere Betrachtung, wie aus folgenden Gesessstellen erhellet.

L. 12. D. de novation. Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat; quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, *nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit*; quia ille suum recepit: sed is, qui delegavit, tenetur *condictione vel incerti*, ^{8a)} si non pecunia soluta esset: et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget *mandati iudicio*.

L. 13. D. eodem. Si non debitorem, quasi debitorem, delegavero creditori meo, *exceptio locum non habet*: sed *condictio* adversus eum, *qui delegavit*, competit.

Es ist also schon den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß, daß der delegirte Schuldner dem Gläubiger des Delegirenden keine Einrede entgegensetzen könne, die ihm allenfalls gegen den Deleganten, seinen vorigen Gläubiger, zustand; um so mehr zu begreifen ist es daher,

8a) Scil. in hoc. ut teneatur facere, ut ab isto creditore liberetur. Ein solches factum liberationis kann nicht anders als durch eine *condictio incerti* verlangt werden. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de novationib. Nr. XXXI. not. b. et c.

daher, warum Marcell, nach Ulpian's Erklärung seine Distinction, auch der, als Schuldnerin des A., delegirten Intercedentin keine Exception gegen den Gläubiger des A. gestattet haben würde⁸³⁾. Da aber doch die Schultverblindlichkeit der delegirten Frauensperson in dem gegenwärtigen Falle wirklich nur aus einer Intercession entstanden war, gegen welche das Vellejanische Senatusconsult das weibliche Geschlecht ein für allemal geschützt wissen will, so ist es nun auch ferner sehr natürlich und begreiflich; warum der Intercedentin zu ihrer Entschädigung eine Condictio gegen denjenigen gestattet wird, von dem sie delegirt worden, vermöge welcher sie entweder das, was sie für denselben bezahlt hat, zurückfordern, oder, wenn sie noch nicht bezahlt hat, auf Befreiung von ihrer indebitis übernommenen Verbindlichkeit klagen kann. Anton Faber findet zwar auch dieses neu und unerhört, daß der Frauensperson eine Condictio gegen denjenigen zustehen soll, von dem sie delegirt worden ist, da sie ja durch Delegation von ihrer Verbindlichkeit gegen ihn war befreiet worden. Daß ihr dessen ungeachtet geholfen werde, sey freilich billig; allein diese Hülfe müsse man ihr gegen denjenigen angedehnen lassen, dem sie durch die Delegation verpflichtet worden ist, nicht aber gegen denjenigen, von dem sie dadurch befreiet worden ist. Denn es sey ja eine ewige

83) Dem Marcell ist Paulus nicht entgegen, wenn dieser L. 19 D. de novation. et delegat. sagt: Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Diversum est in muliere, quae contra SCtum promissit. Nam et in secunda promissione intercessio est. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo zwar eine Frauensperson delegirt worden ist, aber nicht als Schuldnerin des Deleganten. S. HELLFELD Diss. de condictione, mulieri intercedenti competente. §. 33.

ewige Wahrheit, daß man nur von dem condicten könne, Dem die Zahlung geschehen ist, nicht aber von dem, welchem Dadurch genußt worden ist⁸⁴). Allein dieses ganze Raisonnement widerlegt sich theils aus dem Vorhergehenden schon von selbst, theils beweist noch insonderheit die L. 5. §. 5. *D. de doli mali et metus exceptione*, wo es ausdrücklich heißt: *Itaque condictione tenetur debitor, qui delegavit, ut vel liberet debitorem, vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur*, daß es in unserm Rechte gar nichts Neues sey, daß die Condictio gegen einen Andern Statt finden könne, als dem die Zahlung geschehen ist.

IV. Auf Seiten des Gläubigers besteht die Wirkung des Vellejanischen Rathschlusses darin, daß a) wenn die Intercession einen Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin, als Selbstschuldnerin, trat, schließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreiete, nun dem Gläubiger die aus der Intercession entsprungene Klage gegen den Dritten gestattet wird. Man nennt diese Klage *actio institutoria*, quia instituit magis, quam restituit obligationem, wie Ulpian sagt L. 8. §. 14. *D. h. t.* Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, müsse gültig haben eingehen können. War also der Dritte noch unmündig, oder er stand unter väterlicher Gewalt, und wollte ein Gelddarlehn aufnehmen, so fällt alle Klage weg⁸⁵). Wenn hingegen b) die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufhob, so wird dem Gläubiger seine alte Klage gegen den ersten Schuldner wiederhergestellt. Diese Klage wird dann *actio restitutoria*⁸⁶), oder *restitutoria*⁸⁷), und zum Unterschied der vorigen nach dem strengen Recht erloschenen Klage, welche eine *actio directa* war, *actio utilis*⁸⁸) genannt, und unterscheidet sich von an-

84) L. 49. *D. de conduct. indebiti*.

85) L. 8. §. 15. *D. h. t.* C. POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. b.

86) L. 8. §. 9. 12. et 13. *D. h. t.* L. 13. §. 2. *D. eodem*.

87) L. 16. *Cod. h. t.*

88) L. 8. §. 8. *D. h. t.*

andern prätorischen Restitutionsklagen darin, daß sie nicht die kurze Dauer hat, welche sonst jenen Rechtsmitteln eigen ist, sondern eine *actio perpetua* ist⁸⁹⁾. Es müßte dann etwa die alte Klage eine Temporalklage gewesen seyn. Hier muß die *actio restitutoria* binnen der Zeit angestellt werden, die damals noch übrig war, als die Erpromission von der Frauensperson geschah, und diese fängt dann, wie Ulpian⁹⁰⁾ lehrt, erst nach erhaltener Restitution zu laufen an. Die Klage findet übrigens Statt, wenn gleich der Gläubiger noch nicht weiß, ob ihn die Intercedentin bezahlen werde, oder nicht⁹¹⁾; ja wenn er auch derselben die Schuld

89) *L. 10. D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß sich die *actio restitutoria* auch darin von andern prätorischen Restitutionsklagen unterscheidet, daß hier kein besonderes Restitutionsgeschäft nöthig sey, sondern die Klage *ipso iure* vom Gesetz restituirt werde. *S. Iac. Cujacius Tract. IV. ad Africanum in L. 19 D. h. t. Ulp. Huber Praelection. ad Pand. h. t. §. 8. und Ehbaut System des P. R. 2. B. §. 946.* Allein das Gegentheil lehren Hugo DONELLUS in *Commentar. iuris civ. L. XII. c. 31. Io. Iac. Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXX. Th. 5. Io. Voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 4.* gestützt auf den Satz, daß eine einmal erloschene Klage nicht *ipso iure* wieder aufstehe. Für diese Meinung sprechen auch *L. 1. §. 2. L. 14. D. h. t. und L. 24. §. 3. h. t.* Zwar heißt es am Ende der letztern Stelle *statim, atque intercessit mulier, competere actionem*; allein dies geht auf das Restitutionsgeschäft, nicht auf die restituirte Klage. Für diese Meinung streiten auch die oben angegebenen Benennungen dieser Klage.

90) *L. 24. §. ult. D. h. t.* *Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, temporalis actio restituetur; sic tamen, ut ex praecedenti causa, continua tempora numerentur post restitutionem.* Diese Stelle interpretiren die *Basilica Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. Const. 55. pag. 195.* auf folgende Art: *Εάν τις πρόσκαιρον αγωγήν αντιΦωνήσῃ γυνή, ἐνέχεται ὁ χρόνος ὡς εἰς τὸν τότε ἀπολυμνωμένον χρόνον, ἀρχόμενον πρῶτον μετὰ τὴν ἀποκατάστασιν. i. e. Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, debitor tenetur intra tempus, quod tunc supererat, numerandum post restitutionem.* Vorzüglich ist hier DONELLUS in *Comm. iuris civ. Lib. XII. cap. 31. §. Postremo videndum pag. 624.* zu vergleichen.

91) *L. 13. §. 2. L. 24. §. 2. D. h. t.*

Schuld erlassen hat⁹²⁾; oder ihr Erbe geworden ist⁹³⁾; Nur dann fällt sie weg, wenn die Intercedentin bezahlt hat, ohne daß eine Zurückforderung Statt findet⁹⁴⁾, oder der Gläubiger schon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den Schuldner gedeckt ist. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Uebereinkunft getroffen hatte, daß er ihm seiner Schuldverbindlichkeit entlassen wolle, wenn er ihm einen Expromissor stellen würde, und dann der Schuldner eine Frauensperson an seine Stelle setzte, welche den Gläubiger mit der Einrede des Vellejanischen Senatusconsultums zurückwies. Hier steht dem Gläubiger die *condictio causa data, causa non secuta* gegen den alten Schuldner zu; denn er hat die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt. Er bedarf also der *actio restitutoria* nicht⁹⁵⁾. Ist hingegen die Intercedentin des Schuldners Erbin geworden, für den sie expromittirte, so haftet sie, und es ist gleichviel, ob sie der Gläubiger mit der *actio directa*, oder *restitutoria* belange⁹⁶⁾.

V. Wenn endlich eine Frauensperson mit einer Mannsperson intercedirte, so ist zu unterscheiden. 1) Intercedirten beyde correaliter, so bleibt der Mann allein in solidum verhaftet, weil er hätte wissen können, oder wissen sollen, daß Frauenspersonen eine solche Verbindlichkeit nicht gültig übernehmen können⁹⁶⁾. 2) Intercedirten hingegen beyde nicht correaliter, sondern jeder übernahm blos einen Theil der fremden Verbindlichkeit; so haftet die Mannsperson für die fremde Schuld nicht weiter, als zu dem übernommenen

92) L. 8. §. 9. D. h. t.

93) L. 8. §. 10. D. eodem.

94) L. 8. §. 8. D. h. t. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 189. wird die *condictio causa data, causa non secuta* (ή περί αιτίας δωσίσης, ή της μη παρακολούθησας αιτίας παραγγελία) ausdrücklich genennet. Man sehe auch L. 4. D. de *condict. causa data*, und *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 4. D. cit.

95) L. 8. §. 13. D. h. t. Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, *restitutoria* eam conveniri posse. Sed et *directa actione*: nihil enim eius interest, qua actione conveniatur.

96) L. 48. D. de *fideiussor.* S. *Restitutio* Abb. von besond. weiblichen Rechten 2. B. S. 82. folg.

nommenen Theil 97). Wegen des von der Weibsperson übernommenen Theils aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten; und entweder actione directa, oder wenn die Intercession privatly war, actione institutoria oder re-stitutoria klagen 98). Diese Vorschriften finden jedoch in dem Falle keine Anwendung, wenn eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson eine Schuld contrahirte. Denn hier haftet sie immer für ihren Antheil als Selbstschuldnerin 99).

97) L. 8. Cod. h. t. S. de COCCÉJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

98) L. 8. §. 14. D. h. t. Mich. God. WERNER Lectiss. Commentar in Pand. h. t. §. 6.

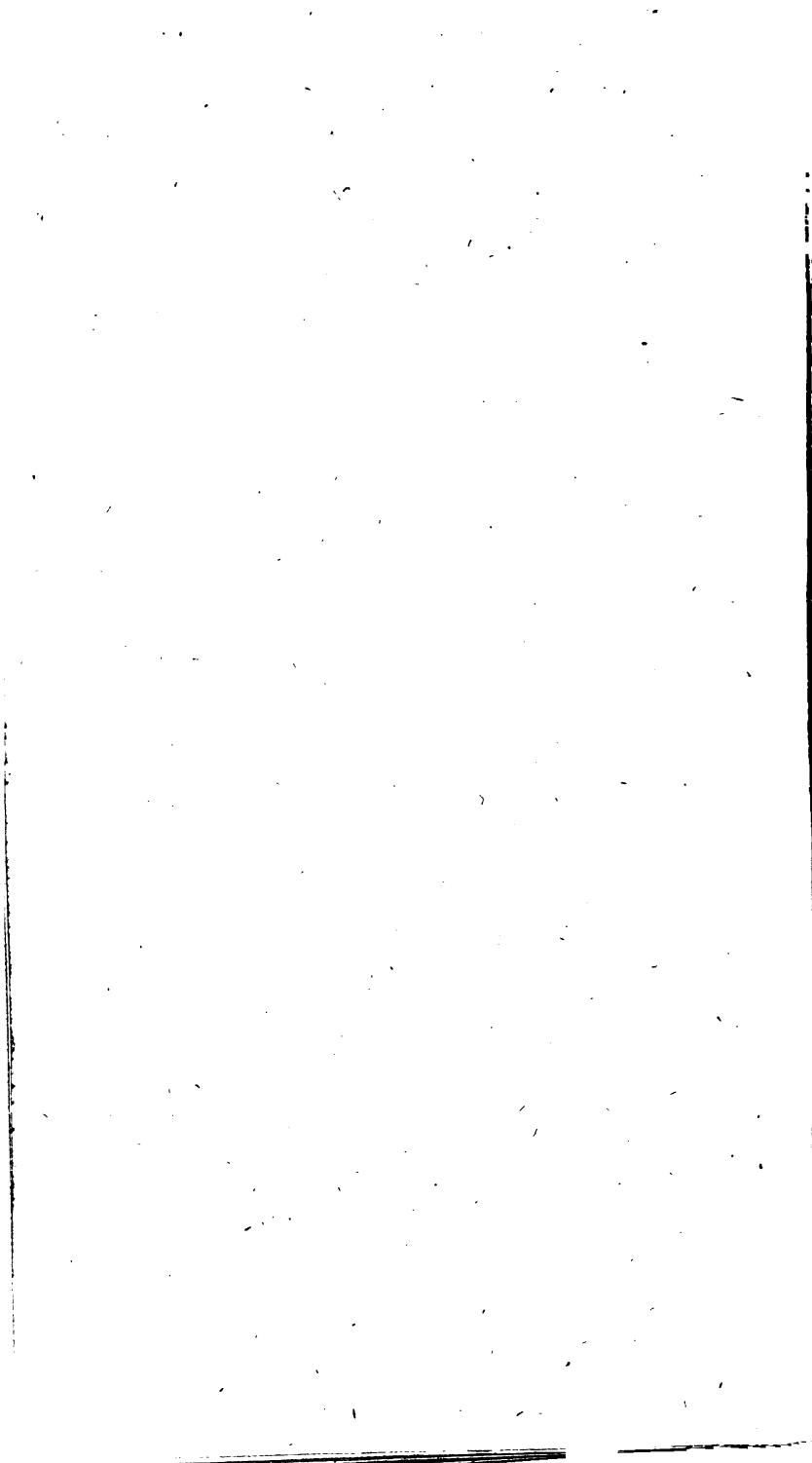
99) L. 17. D. h. t. Die Praxis macht zwar eine Ausnahme in dem Falle, wenn eine Ehefrau zugleich mit ihrem Ehemann eine Schuld contrahirt. Hier soll die Ehefrau nur in sofern, als der Gläubiger die Verwendung des angelehnten Geldes zu ihrem Nutzen beweist, verbunden seyn. Allein der Theoretik ist dieses nicht gemüß. S. EMMINGHAUS ad COCCÉJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 6. not. 1. und diesen Commentar Th. 12. §. 782. S. 62. f.

V e r z e i c h n i s s

einiger neuen beym Verleger dieses Wertes erschienenen Bücher.

- Denken, Heinr., System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten, 2te verb. Ausg., 2 Theile gr. 8. 1802. 1809. 4 Rthlr. od. 6 fl.
- über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beberigung für Juristen und Kameralisten gr. 8. 1802. 16 gr. 1 fl.
- Glück, Chr. Fr., Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Römischen Privatrechts, nach den Grundsätzen des Hrn. Oberappellationsraths Günther, 1ster Theil. — Auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts, zur Berichtigung und Ergänzung des 1sten Theils des Pandecten-Commentars. gr. 8. 1812. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.
- Hart, Joh. Paul, vollständiges Handbuch der Polizeywissenschaft, ihrer Hülfquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste Gesetzgebung und Literatur der Polisey. gr. 8. 1809. 2 Rthlr. 16 gr. 4 fl.
- Lüder, Joh. Ludw. (Staats- und Cabinetrath) das Postwesen in Deutschland, wie es war, ist, und seyn könnte. gr. 8. 1811. broch. 1 Rthlr. 4 gr. od. 1 fl. 45 kr.
- Schott, J., über die Natur der weiblichen Erbfolge in Altväterl. Stamm- und altväterliche Güter nach Erbschen des Manns Stammes, sowohl beym haben als niedern Adel in Deutschland. (gr. 8. 1809. 22 gr. od. 1 fl. 24 kr.
- Soden, Graf Jul. von, die Staats-, Haushaltung, Eine Stizze zum Behuf öffentl. Vorlesungen; als Vorbereitung und Einleitung zu der Kunde sämmtl. Zweige der Staats-, Haushaltung oder der sogenannten Kameralwissenschaften. gr. 8. 1812. 16 gr. od. 40 kr.





...the number of salaried I
...that a full hour

